

ESTUDIOS PÚBLICOS

N° 139

INVIERNO

2015

Javier Tapia y Luis Cordero	La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional
Sebastián Edwards y Álvaro García M.	Educación y derechos constitucionales
Ignacio Valenzuela N.	Regulación de conflictos de interés y deberes fiduciarios de los directores en las universidades chilenas
José Joaquín Brunner	Ideas y fines de la universidad
Otto Dörr	“El legado” de Goethe
Enrique Barros	Sobre <i>Diálogos constitucionales</i> , de Lucas Sierra (editor): En búsqueda de una constitución legítima
Ricardo Lagos E.	La cuestión constitucional: Reflexiones de un actor
Pablo Ortúzar M.	El sueño de la razón (<i>Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público</i> , de Fernando Atria)
Daniel Loewe	Ateos del mundo, uníos (<i>Ateos fuera del clóset</i> , de Cristóbal Bellolio)
Hugo E. Herrera	Derecha y comprensión política. Respuesta a Joaquín Fernandois, Renato Cristi y Max Colodro
John Dewey	Fuerza y coerción

ESTUDIOS PÚBLICOS

REVISTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nº 139 invierno 2015

ESTUDIOS PÚBLICOS

REVISTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

www.cepchile.cl

Estudios Públicos es una revista académica y multidisciplinaria de políticas públicas, editada por el Centro de Estudios Públicos. Su finalidad es contribuir, desde una perspectiva tanto nacional como internacional, al conocimiento y debate sobre la justificación, diseño, ejecución y evaluación de políticas públicas.

La revista aparece trimestralmente en forma impresa y electrónica. Los trabajos publicados en la primera sección (bajo la denominación “artículo”) han sido previamente sometidos a por lo menos dos especialistas externos al CEP en un proceso de arbitraje ciego. Los textos publicados en *Estudios Públicos* son responsabilidad de sus autores y no reflejan necesariamente la opinión de los editores ni del Centro de Estudios Públicos.

Las colaboraciones deben ceñirse a las normas para Presentación de Trabajos a *Estudios Públicos*. Los trabajos sometidos a consideración, así como los comentarios y correspondencia deben dirigirse a: *Estudios Públicos*, Monseñor Sótero Sanz 162, C. Postal 7500011 Providencia, Santiago, Chile, o ser enviados por email a: estudiospublicos@cepchile.cl.

© Centro de Estudios Públicos.

Está prohibida la reproducción total o parcial de los trabajos publicados. Toda reproducción debe contar con la autorización expresa del Centro de Estudios Públicos.

Print and online editions of *Public Studies*

The online edition of *Public Studies* is published on CEP's web site, www.cepchile.cl, and includes the papers in Spanish, and their abstracts both in Spanish and English. A number of papers and documents are also available in English in the online edition.

Indexación

Estudios Públicos está, entre otros índices, en *Clase* (Universidad Nacional Autónoma de México); *Handbook of Latin American Studies* (Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos); *HAPI* (Universidad de California, Los Angeles); *International Political Science Abstracts* (International Political Science Association) y *PAIS International in Print* (OCLC).

Suscripciones

Pedidos directos al CEP. Monseñor Sótero Sanz 162. Santiago, Chile.

Email: mponce@cepchile.cl

Teléfono: 22328-2400. Fax: 22328-2440 (Formulario de suscripción en última página).

ISSN 0716-1115 edición impresa; ISSN 0718-3089 edición en línea.

Composición: Pedro Sepúlveda; *diagramación:* David Parra

Impreso en *Andros Productora Gráfica*.

Hecho en Chile / Printed in Chile, 2015.

Director responsable **Harald Beyer**

Editor **Ernesto Ayala**

Asistente editorial **Joaquín Trujillo**

Comité editorial

Enrique Barros

Universidad de Chile.
Centro de Estudios Públicos.
Santiago, Chile.

Antonio Bascuñán

Universidad Adolfo Ibáñez.
Santiago, Chile.

Dan Black

The University of Chicago.
Chicago, Estados Unidos.

Marcelo Boeri

Universidad Alberto Hurtado.
Santiago, Chile.

Andrés Bordalí

Universidad Austral de Chile.
Valdivia, Chile.

José Joaquín Brunner

Universidad Diego Portales.
Santiago, Chile.

Alejandro Jofré

Universidad de Chile.
Santiago, Chile.

Dante Contreras

Universidad de Chile.
Santiago, Chile.

Vittorio Corbo

Centro de Estudios Públicos.
Santiago, Chile.

Sofía Correa

Universidad de Chile.
Santiago, Chile.

Sebastián Edwards

University of California
Los Angeles (UCLA).
Los Angeles, Estados Unidos.

Cristián Eyzaguirre

Director de empresas.
Santiago, Chile.

Juan Andrés Fontaine

Libertad y Desarrollo.
Santiago, Chile.

David Gallagher

Centro de Estudios Públicos.
Santiago, Chile.

Francisco Gallego

P. Universidad Católica de Chile.
Santiago, Chile.

James Heckman

The University of Chicago.
Chicago, Estados Unidos.

Juan Pablo Illanes

Diario *El Mercurio*.
Santiago, Chile.

Fabián Jaksic

P. Universidad Católica
de Chile.
Santiago, Chile.

Felipe Larraín B.

P. Universidad Católica
de Chile.
Santiago, Chile.

Jorge Larraín

Universidad Alberto Hurtado.
Santiago, Chile.

Jari Lavonen

University of Helsinki.
Helsinki, Finlandia.

Beltrán Mena

P. Universidad Católica
de Chile.
Santiago, Chile.

Sonia Montecino

Universidad de Chile.
Santiago, Chile.

Juan Pablo Montero

P. Universidad Católica
de Chile.
Santiago, Chile.

Emilio Pacheco

Liberty Fund., Inc.
Indianápolis, Estados Unidos.

Óscar Parra

Universidad de Concepción.
Concepción, Chile.

Francisco Javier Pinedo

Universidad de Talca.
Talca, Chile.

Hans-Jörg Rheinberger

Max-Planck-Institut für
Wissenschaftsgeschichte.
Berlín, Alemania.

Carlos Rosenkrantz

Universidad de San Andrés.
Buenos Aires, Argentina.

Lucas Sierra

Universidad de Chile.
Centro de Estudios Públicos.
Santiago, Chile.

John B. Thompson

Cambridge University.
Cambridge, Inglaterra.

Mariano Tommasi

Universidad de San Andrés.
Buenos Aires, Argentina.

Sergio Urzúa

University of Maryland,
Maryland, Estados Unidos.

Arturo Valenzuela

Georgetown University.
Washington DC.
Estados Unidos.

Rodrigo Vergara

Banco Central.
Santiago, Chile.

PRESENTACIÓN DE TRABAJOS A *ESTUDIOS PÚBLICOS*

- *Estudios Públicos* selecciona los trabajos a publicar entre aquellos que han sido previamente admitidos para revisión y luego favorablemente informados. En el caso de los trabajos académicos-científicos, una vez que éstos han sido admitidos para revisión, son sometidos a la evaluación de al menos dos especialistas externos en un proceso de arbitraje ciego.
- Se entiende que los trabajos recibidos para publicación no han sido publicados en forma íntegra o parcial en otro medio impreso o electrónico, ni han sido sometidos simultáneamente a otros editores en su forma actual o como parte de un trabajo más extenso. Los autores que presenten textos cuyos contenidos sean de algún modo similares a trabajos ya publicados, deben hacer presente esta situación en una carta adjunta. Asimismo, los autores deben informar en nota al pie de página si el trabajo fue realizado por encargo o si ha contado con el financiamiento de alguna entidad privada o del Estado, a fin de determinar si esa situación puede afectar o no el contenido del trabajo.
- Toda reproducción impresa o electrónica, parcial o total, de los textos aceptados o publicados en *Estudios Públicos* debe contar con la autorización previa del CEP.
- Los derechos de autor de los textos publicados por la revista pertenecerán al Centro de Estudios Públicos.

NORMAS DE ESTILO

- **Extensión:** El trabajo deberá tener una extensión máxima de diez mil palabras, incluidos gráficos, tablas, notas y referencias bibliográficas.
- **Resumen y palabras clave:** Se deberá anteponer en la primera página, antes del comienzo del texto o trabajo, un resumen del mismo, de no más de 120 palabras, y entre tres y cinco palabras clave. Tanto el resumen, como las palabras clave y el título del trabajo deben incluirse, además, en inglés.
- **Nota biográfica:** En hoja aparte del trabajo deben enviarse el nombre o los nombres del o de los autores, sus grados académicos más relevantes, ocupaciones actuales, instituciones a las que pertenecen, institución de filiación principal y direcciones electrónicas.
- **Citas, fuentes, referencias bibliográficas y otros:** Para estas materias *Estudios Públicos* se adhiere al Manual de Estilo de Chicago, con las necesarias adaptaciones al castellano. Ver detalles en http://www.cepchile.cl/dms/lang_1/estudios_publicos.htm.
- **Permisos de reproducción.** Los autores son responsables de obtener autorización escrita para publicar material sobre el cual no poseen los derechos de reproducción.
- **Lenguaje técnico:** Para que los textos puedan ser fácilmente comprendidos por personas cultas pero de otras disciplinas, se debe evitar en lo posible el lenguaje técnico. Cuando sea necesario usar tecnicismos, su sentido debe explicarse en el texto.
- **Idioma:** *Estudios Públicos* recibe trabajos en castellano e inglés. Los originales en inglés son traducidos al castellano por *Estudios Públicos*.
- Los trabajos deben enviarse de preferencia por correo electrónico, en programa Word, a estudiospublicos@cepchile.cl o bien a *Estudios Públicos*, Monseñor Sótero Sanz 162, Santiago, Chile. No se devuelven los originales.

ESTUDIOS PÚBLICOS

REVISTA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Nº 139 invierno 2015

CONTENIDO

	<i>Artículo</i>	
<i>Javier Tapia y Luis Cordero</i>	La revisión judicial de las decisiones regulatorias: Una mirada institucional	7
	<i>Artículo</i>	
<i>Sebastián Edwards y Álvaro García M.</i>	Educación y derechos constitucionales	67
	<i>Artículo</i>	
<i>Ignacio Valenzuela N.</i>	Regulación de conflictos de interés y deberes fiduciarios de los directores en las universidades chilenas	105
<hr/>		
	<i>Ensayo</i>	
<i>José Joaquín Brunner</i>	Ideas y fines de la universidad	155
	<i>Ensayo</i>	
<i>Otto Dörr</i>	“El legado” de Goethe	165
	<i>Presentación</i>	
<i>Enrique Barros</i>	En búsqueda de una constitución legítima (<i>Diálogos constitucionales</i> , de Lucas Sierra, ed.)	181
	<i>Presentación</i>	
<i>Ricardo Lagos E.</i>	La cuestión constitucional: Reflexiones de un actor (<i>Diálogos constitucionales</i> , de Lucas Sierra, ed.)	197
	<i>Reseña</i>	
<i>Pablo Ortúzar M.</i>	El sueño de la razón (<i>Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público</i> , de Fernando Atria)	211

<i>Daniel Loewe</i>	<i>Reseña</i> Ateos del mundo, uníos (<i>Ateos fuera del clóset</i> , de Cristóbal Bellolio)	231
<i>Hugo E. Herrera</i>	<i>Réplica</i> Derecha y comprensión política. Respuesta a Joaquín Fernandois, Renato Cristi y Max Colodro	239
<i>John Dewey</i>	<i>Documento</i> Fuerza y coerción	259

ARTÍCULO

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LAS DECISIONES REGULATORIAS: UNA MIRADA INSTITUCIONAL*

Javier Tapia y Luis Cordero

Universidad de Chile

RESUMEN: Este trabajo sostiene que la forma y alcance de la revisión judicial dependen centralmente de la interrelación existente entre dos variables: el carácter especializado o generalista del revisor, y el ámbito que le es conferido a éste para decidir. Si el revisor es

JAVIER TAPIA. Doctor en derecho por University College London. Ministro Titular del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (TDLC). Profesor en la Escuela de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Email: jtapia02@gmail.com.

LUIS CORDERO. Doctor en derecho por la Universidad de Lleida. Profesor de derecho administrativo e investigador senior del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Email: lcordero@derecho.uchile.cl.

* Los autores quieren señalar: “Las visiones expresadas en este trabajo son estrictamente personales y no comprometen necesariamente las de las organizaciones a las que pertenecemos o las personas que en ellas trabajan. Versiones preliminares de este trabajo fueron presentadas en el 4° Encuentro Anual de la Sociedad Chilena de Políticas Públicas, Valparaíso, Chile (enero 2013); en el VIII Congreso Iberoamericano de Regulación Económica y Servicios Públicos, organizado por la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER), La Serena, Chile (noviembre 2013); y en Perspectivas Comparadas de Justicia Administrativa, CIDE, Ciudad de México (enero 2014). Agradecemos a los participantes de esos foros por sus comentarios. Asimismo, agradecemos especialmente los aportes de Jaime Arancibia, Javier Barnés, Alejandro Romero, Álvaro Vives y los dos árbitros anónimos de *Estudios Públicos*. Muchos aciertos de este trabajo son suyos; los errores, completamente nuestros (aunque cada uno se los adjudica al otro y lo culpa de haberlos causado)”.

generalista, es probable que tenga un incentivo a ser deferente con la Administración, por lo que en principio el ámbito de revisión no debiera permitirle ir más allá de las cuestiones de derecho, pues de lo contrario el resultado podría resultar dañino para los objetivos que el sistema regulatorio persigue. Por el contrario, si el revisor es especializado, tiene escasos incentivos a ser deferente con la Administración y no debiese ser restringido en su ámbito de posibilidades, pues se perderían los beneficios de la especialización. Así, los autores postulan que sólo cuando ambas variables institucionales están intrínsecamente vinculadas (esto es, que el estándar de revisión esté diseñado “a la medida” de las características institucionales del revisor) el sistema institucional puede operar de una manera eficiente en un marco de legitimidad. Esta tesis es ilustrada acudiendo a la normativa de libre competencia y medioambiental chilena, donde la combinación de las variables institucionales no ha sido la adecuada.

PALABRAS CLAVE: diseño institucional, decisiones regulatorias, revisión judicial, recursos, *expertise*, libre competencia, medio ambiente.
RECIBIDO: mayo 2015; ACEPTADO: julio 2015.

JUDICIAL REVIEW OF REGULATORY DECISIONS: AN INSTITUTIONAL APPROACH

ABSTRACT: *This article argues that the method and length of judicial review depend primarily upon the interaction of two variables. The first one is whether the reviewer is specialised or generalist. The second variable is the scope of the review. If the reviewer is generalist, it will probably have an incentive to be deferent with the Administration. Then, in principle, the scope of the review should only extend to questions of law, because a greater scope of review may result in damage to the objectives of the regulatory system. By contrast, if the reviewer is specialised, incentives to be deferent are scarce. In this case, the scope of the review should not be restricted, in order to not reduce the benefits of specialisation. The authors hold that the institutional system can operate efficiently and with legitimacy only when both variables are fundamentally linked —this is, when the scope of review is designed taking into account the institutional characteristics of the reviewer. This thesis is illustrated with the cases of Chilean competition law and environmental law, two areas where the variables have been mixed defectively.*

KEYWORDS: *institutional design, regulatory decisions, judicial review, legal actions, expertise, antitrust, environmental law.*

RECEIVED: *May 2015*; ACCEPTED: *July 2015*.

1. INTRODUCCIÓN

Una parte fundamental de cualquier sistema administrativo-regulatorio es la existencia de un mecanismo de escrutinio o control de las decisiones primarias adoptadas por funcionarios u organismos de la administración del Estado,¹ ya sean pertenecientes al poder ejecutivo o de carácter independiente,² por parte del poder judicial.³ A esto se le

¹ Con el propósito de universalizar las expresiones, en el presente trabajo utilizamos como sinónimas las expresiones “organismos de la administración del Estado”, “organismos administrativos” y “agencias”. La referencia específica a “agencias independientes” se hace en estos términos.

² Sobre el calificativo de “independiente” de la agencias, véase la nota 45 y el texto principal al cual ésta acompaña.

³ En el derecho contemporáneo, esto es una manifestación de la llamada “tutela judicial”, garantía esencial de un estado de derecho (véase, en este sentido, E. García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3ª ed. (Madrid: Civitas, 1983), y *Democracia, jueces y control de la administración*, 6ª ed. (Madrid: Civitas, 2014); y J. González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed. (Madrid: Civitas, 2001). En Chile, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) si bien puede resultar lícito que los órganos fiscalizadores puedan, previo al proceso judicial y en el ámbito administrativo, determinar la existencia de una infracción y la cuantía de una multa, la sanción no puede estimarse como cierta e irrevocable para el ordenamiento jurídico sino una vez que no haya sido reclamada o que, habiéndolo sido, tal reclamo haya sido resuelto en sede jurisdiccional e independiente. Así lo consagra nuestro sistema al permitir que se recurra de las respectivas decisiones administrativas ante los tribunales, cuestión que no sólo está consagrada a nivel legal, sino que también, con mayor jerarquía, en la propia Constitución Política (artículo 38, inciso segundo)” (STC rol 792-07, C. 16). Con todo, la terminología no siempre es clara y depende de cada jurisdicción. Considérese, por ejemplo, la expresión “juez”. En el derecho norteamericano, no obstante la Constitución establece la separación de poderes de manera expresa (su artículo I trata del poder legislativo, el artículo II sobre poder ejecutivo y el artículo III sobre poder judicial), la adjudicación de algunas materias contenciosas (*contested matters*) es asignada en primera instancia a organismos que no caen en el artículo III, sino en el artículo I (llamados “*article I tribunals*”), tales como las cortes de quiebras y las agencias que pertenecen al poder ejecutivo (véase, a este respecto, James E. Pfander, “Article I Tribunals, Article III Courts and the Judicial Power of the United States”, *Harvard Law Review* 118 (2004)). Con todo, la Corte Suprema de Estados Unidos ha reconocido que el Congreso puede conferir poderes judiciales a tales organismos sólo en la medida que sus decisiones sean revisadas por cortes del artículo III: *American Insurance Co. v Canter* (1828) 1 Pet 511, 7 L Ed 242. Como ha mostrado J. C. Ferrada (“Los tribunales que ejercen la justicia administrativa en el derecho chileno”, en *Litigación pública*, editado por J. Arancibia, J.I. Martínez & A. Romero (Santiago: Thomson Reuters, 2011), 119-150), en Chile existe una

denomina tradicionalmente “revisión judicial”.⁴ Quien esté a cargo de diseñar tal mecanismo de revisión (en última instancia, el legislador) enfrentará uno de los problemas centrales y quizás más complejos del derecho administrativo moderno: definir la relación más adecuada entre el órgano que revisa y aquél que adopta la decisión. Desde la perspectiva institucional, ésta no es una cuestión trivial ni simple.⁵ El diseño institucional no es neutro,⁶ sino que resulta determinante tanto para la

situación similar a la del derecho estadounidense, producto de una “construcción fragmentada, asistemática e incoherente” de la justicia administrativa (ibídem, 119). En el derecho inglés, dado que no hay una distinción constitucional entre un poder judicial y no-judicial, no existe prohibición de conferir poderes judiciales a instituciones más allá de las cortes. De aquí la distinción entre *court* y *tribunal* (más sobre esta distinción, ver nota 15). Con todo, las categorías amplias de “poder ejecutivo” y “agencia independiente”, de un lado, y “poder judicial”, de otro, dan un indicio relativamente claro a qué nos estamos refiriendo.

⁴ Por ejemplo, H. W. R. Wade, *Administrative Law*, 1º ed. (Oxford: Clarendon Press, 1961); Guy Braibant, *Le Droit Administratif Français* (París: Dalloz, 1984); E. García de Enterría y T.R. Fernández, *Curso de derecho administrativo*, T.II, 15ª ed. (Madrid: Civitas, 2011). Todos vinculan la revisión judicial a su rol tradicional de control de legalidad de las decisiones o acciones administrativas, incluido en ellos el control de la arbitrariedad de las decisiones. No obstante, como veremos, el rol de la revisión es esencialmente variable.

⁵ De hecho, ésta no es una cuestión nueva en el derecho administrativo, sino que subyace a buena parte de la discusión del siglo XIX y principios del XX relativa a la existencia de tribunales especiales para juzgar los actos de la Administración. Esto explica, por ejemplo, el diseño institucional francés impuesto tras la Revolución Francesa, que vio en los jueces especiales una garantía adecuada de control de las decisiones de los organismos administrativos, llegando a la conocida cita —proveniente de la Revolución— según la cual “juzgar a la Administración es también administrar”. Del mismo modo, la famosa crítica británica de Dicey al modelo francés descansaba en la idea de que la existencia de un derecho y tribunales especiales para juzgar actos de la Administración constituía un privilegio inadmisibles para el *rule of law* (en su concepción tradicional). Finalmente, en el caso del derecho alemán, el debate acerca de los tribunales especiales en la segunda parte del siglo XIX se asoció a la existencia de jueces que fuesen capaces de controlar las decisiones de la Administración cuando se afectaban derechos. Al igual que el francés, dicho sistema también terminó consagrando un modelo institucional de tribunales especiales, pero al interior del poder judicial. Para esta evolución institucional de especialidad del derecho administrativo y la necesidad de jurisdicción especializada, véase Elisabeth Zoller, *Introduction to Public Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010).

⁶ N. Komesar, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy* (Chicago: University of Chicago Press, 1997); R. Thaler y C. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (New Haven, CT: Yale University Press, 2008).

forma como para el alcance de la revisión judicial; aspectos que, a su vez, tienen una incidencia importante en las acciones que adoptará el órgano decisor primario.

La tesis central de este trabajo es que, en una perspectiva contemporánea (no clásica)⁷ de control judicial, de entre una multiplicidad de variables institucionales que deben ser consideradas al momento de planificar e implementar un determinado diseño para el sistema jurídico en un área en particular, la forma y alcance de la revisión judicial dependen centralmente de la interrelación existente entre dos de ellas. La primera es el carácter especializado o generalista del revisor respecto de la decisión de la agencia administrativa de que se trate. Para efectos de este trabajo entenderemos por jurisdicción generalista la existencia de un tribunal con competencia civil, ya sea del fuero común o bien un sistema de tribunales contenciosos administrativos dentro del poder judicial. En cambio, al referirnos a jurisdicción especializada estamos haciendo alusión a un tribunal con competencia específica en una determinada materia, al margen de las estructuras habituales del poder judicial (esto es, sin jueces de carrera), y cuya integración es mixta, es decir, con jueces con formación legal y jueces de formación técnica.⁸

La segunda variable se refiere al ámbito que le es conferido al revisor para decidir; esto es, si la revisión será amplia (si abarcará cuestiones de hecho, de derecho y eventualmente de política pública) o si será restringida (por ejemplo, sólo a cuestiones de derecho).⁹ Mientras la primera variable es de carácter orgánico,¹⁰ la segunda es sustantiva. Si bien ya la definición de cada una de ellas, por separado, implica resolver importantes dilemas (*trade-offs*) y problemas específicos, más importante es que las respuestas a las preguntas por la naturaleza del organismo revisor y por su ámbito de revisión debiesen estar intrínsecamente vinculadas.

⁷ Véase nota 4.

⁸ Estamos conscientes que la distinción (basada, como se observa, en un doble aspecto: jurisdiccional y subjetivo) puede eventualmente generar vacíos. Sin embargo, es lo suficientemente comprensiva, entendible y aplicable a la mayoría de los casos como para ser de utilidad en el análisis de este trabajo. Con todo, más adelante la precisamos con mayor detalle. En un sentido similar define Peter Cane, *Administrative Tribunals and Adjudication* (Oxford: Hart Publishing, 2009), 91.

⁹ Véase nota 69 y el texto principal al que ella acompaña.

¹⁰ En la sección 2.1.1. explicamos que existen otras dimensiones orgánicas del diseño, pero cuya importancia relativa es menor a la mencionada en el texto central.

Esta vinculación consiste en que el estándar de revisión debiera ser diseñado “a la medida” de las características institucionales de dicho órgano, atendidos los incentivos que generan tales características.

Así, si el organismo de revisión es generalista y carece de *expertise*, es altamente probable que tenga un incentivo a ser deferente con la Administración, al menos respecto de cuestiones de hecho y, posiblemente, también de política pública. Por tanto, en principio el estándar de revisión no debiera permitirle ir más allá de las cuestiones de derecho, como una forma de restringir la “tentación” de desviarse de dicha deferencia, pues, dado su carácter generalista, el resultado podría resultar dañino para los objetivos que el sistema regulatorio persigue.¹¹ La situación es exactamente la contraria en el caso de un órgano revisor especializado en un área determinada. Éste tiene escasos incentivos a ser deferente con la Administración, pues su propio conocimiento (ya sea acumulado en el tiempo o adquirido por conocimientos en una determinada ciencia o arte) y la justificación tras su creación le permiten examinar con confianza no sólo el derecho, sino también las cuestiones de hecho y de política pública involucradas. Por tanto, si este organismo es restringido por el estándar, no parece que hubiera existido razón alguna para crear tal organismo en primer lugar, pues se perderían los beneficios de la especialización.¹²

Sólo cuando ambas variables institucionales están intrínsecamente vinculadas, el sistema institucional puede operar de una manera eficiente en un marco de legitimidad. Para estos efectos, entendemos por eficiencia del sistema el hecho que las controversias sean resueltas de una forma rápida, con decisiones adecuadas al tipo de materia de que se trate y que los incentivos creados por el sistema no conlleven a que la(s) etapa(s) de revisión sea(n) sobre o sub utilizada(s). A su vez, la legitimidad implica que las decisiones adoptadas sean aceptadas como válidas por el general

¹¹ Una de las posibilidades es lo que C. Sunstein & A. Vermeule (“Interpretation and institutions”, *Michigan Law Review* 101, 2003: 885-951), en página 949, denominan la “trampa cognitiva”: la demanda de los especialistas relativa a que los jueces generalistas debieran decidir casos como especialistas, no observando las posibilidades de que emerjan de esta situación resultados mucho peores dada la emulación.

¹² Como expondremos, varios de los temores que tradicionalmente justifican restringir el estándar a ser aplicado por organismos especializados tienen que ver precisamente con este incentivo (esto es, con el temor a que la Administración se transforme en un mero “compilador de hechos”).

de la comunidad. Ambas características son piezas fundamentales dentro del marco de lo que se conoce como “buena regulación”.¹³

Nuestro trabajo viene a llenar un vacío existente en la literatura relativa a analizar la revisión judicial, la cual no ha relacionado de manera adecuada ambas variables institucionales. Por el contrario, los análisis normalmente las consideran por separado. Una parte de la literatura ha enfocado (desmedidamente) sus esfuerzos en la perspectiva orgánica, centrada paradigmáticamente en la revisión de las decisiones administrativas adoptadas en un contexto de una disputa entre el Estado y un particular, a requerimiento del ciudadano afectado por dicha decisión (sea un individuo, una corporación o un grupo), lo que suele conocerse bajo el nombre de “contencioso administrativo”¹⁴ o “adjudicación administrativa”¹⁵. Una variante de esta rama se enfoca en la división de

¹³ Ver R. Baldwin, M. Cave & M. Lodge, *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, 2^o ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012), 25-39, donde establecen cinco criterios de “buena regulación”.

¹⁴ Como señala Luis Cordero, *Lecciones de derecho administrativo*, 2^a ed. (Santiago: Thomson Reuters, 2015), 416, el propósito de las acciones contenciosas administrativas en general es proveer de tutela judicial efectiva de los derechos de particulares en sus vínculos con la Administración, cuando ésta ha actuado contraviniendo el ordenamiento jurídico, llevando al juez a anular un acto, condenar a pagar una suma a la Administración por los daños que pudo ocasionar o reconocer una situación jurídica concreta, entre las más relevantes. Así, el eje sobre el cual descansa el contencioso administrativo, además de la necesaria intervención de una autoridad administrativa que se desea controlar, es el ejercicio de la jurisdicción, mediante un proceso sometido a las reglas generales de la intervención judicial, es decir: (a) derecho a una tutela judicial efectiva; (b) derecho a acceder a un tribunal; (c) prohibición de indefensión; (d) derecho a un proceso sin dilaciones indebidas; (e) derecho a una resolución judicial sobre el fondo debidamente motivada; (f) derecho a los recursos en contra de la decisión judicial; y (g) derecho a ejecutar lo juzgado.

¹⁵ Por ejemplo, adoptando esta perspectiva puramente orgánica, Cane indica que esta revisión puede ser clasificada en “revisión judicial” (en sentido restringido), la que es realizada por organismos judiciales (cortes) superiores, y revisión “no-judicial”, la que es efectuada por otras entidades. A su vez, algunas de estas últimas son internas a la agencia a la que pertenece quien adopta la decisión primaria (por ejemplo, un oficial o panel revisor que es parte de la agencia), mientras que en otros casos dichas entidades son externas. Véase P. Cane, “Judicial Review in the Age of Tribunals”, *Public Law* 2009, n.º 3 (2009): 479-500. En el derecho anglosajón, tales entidades se conocen con el nombre de *tribunals*, en contraposición a las *courts* regulares. En el derecho chileno, a los primeros suele denominárseles “tribunales especiales”. Un estudio orgánico de estos últimos es efectuado por Ferrada, “Los tribunales” (ver nota 3).

las facultades investigativas, persecutorias y decisorias entre el órgano decisor primario y el revisor, y/o en las características del procedimiento (inquisitorio o adversarial).¹⁶ La naturaleza de los órganos decisor y revisor suele quedar implícita en el análisis o carece de mayor relevancia práctica. Por su parte, otros autores han optado por un enfoque más bien descriptivo, centrado en el ámbito de actuación de los órganos revisores (lo que en ocasiones se conoce como el “margen de apreciación”) en las diversas áreas sometidas a su escrutinio, y —además— en determinar cómo dicho ámbito es compatibilizado con las atribuciones conferidas al decisor primario.¹⁷

Como una forma de ilustrar nuestra tesis central, el trabajo expone las características institucionales del mecanismo de revisión en dos ámbitos crecientemente relevantes de la legislación chilena: la libre competencia y la normativa medioambiental. Para ello, describimos cómo han sido establecidas y cómo interactúan las dos variables institucionales en ellos. Si bien desde un punto de vista sustantivo (por lejos el más analizado en la literatura)¹⁸ pudiera parecer extraño analizar es-

¹⁶ Un ejemplo en el derecho chileno de libre competencia es el muy buen trabajo de J.J. Romero, *Ejecución y cumplimiento de un marco normativo de libre competencia: influencias y opciones de diseño* (Santiago: Thomson Reuters, 2014) 350 y ss.

¹⁷ En materia de libre competencia, este enfoque es usual. Por ejemplo, H. Schweitzer, “Judicial Review in EU Competition Law”, en *Handbook on European Competition Law*, editado por I. Lianos & D. Geradin, vol. II: *Enforcement and Procedure* (Cheltenham y Northampton, UK: Edward Elgar Publishers, 2013), 491; J.C. Laguna de Paz, “Understanding the Limits of Judicial Review in European Competition Law”, *Journal of Antitrust Enforcement* 2, n.º 1 (2014): 203-24. Algunas de las materias en las cuales se analiza el “margen de apreciación” son multas, control de fusiones, control de procedimiento y estándar de prueba, entre otras.

¹⁸ De hecho, en la literatura comparada son pocos los análisis institucionales en ambos sectores. Como expresa un autor, en el contexto de libre competencia, “mucho más tiempo es gastado en medir las decisiones de las agencias de competencia en relación a su fidelidad a los principios establecidos por legisladores muertos hace tiempo, que en preguntarse si la decisión específica en cuestión representa una respuesta sensible frente las fuerzas institucionales y restricciones bajo las cuales las agencias de competencia operan en el día a día” (“...far more time is spent measuring the decisions of the antitrust agencies against their fidelity to the principles of long-dead legislators, than on inquiring whether the specific decision in question represented a sensible response to the institutional forces and constraints under which the antitrust agencies actually operate on a day-to-day basis”). Ver W. Kovacic, “Institutional Design, Agency Life Cycle, and the Goals of Competition Law”, *Fordham Law Review* 81, n.º 5 (2013): 2165.

tas dos áreas de manera conjunta, en Chile ambas presentan un diseño institucional que resulta similar a primera vista, caracterizado fundamentalmente por la existencia de agencias administrativas y tribunales especializados. En ambos sistemas, las decisiones de estos tribunales son revisadas por la Corte Suprema, por medio de diversos recursos y, por tanto, con diferentes estándares de revisión.¹⁹ Para los efectos de este trabajo, este entramado institucional justifica de manera suficiente la revisión conjunta y permite extraer conclusiones de política pública relevantes.

Antes de continuar, es importante precisar algunas cuestiones. Primero, no pretendemos argumentar que un modelo que incorpora tribunales especializados es necesariamente el más adecuado para lidiar con los casos en un área determinada. Ni siquiera utilizamos este argumento respecto de las dos áreas de la legislación chilena que utilizamos como ejemplo. La discusión sobre si este modelo es superior a otros queda fuera del ámbito autoimpuesto en este trabajo.²⁰ Segundo, en este trabajo no nos referimos directamente a cuál debiera ser el contenido de la

¹⁹ Por cierto, existen diferencias cruciales entre ambos modelos, cuyas consecuencias exploramos más adelante.

²⁰ En la literatura es posible encontrar estudios a favor y en contra de la especialización. De hecho, autorizadas opiniones abogan por el generalismo judicial. Por ejemplo, Shapiro ha prevenido que “en la medida que (las cortes) se especializan, pierden la cualidad central que los distingue claramente de la Administración” (*“to the extent that [courts] specialise, they lose the one quality that clearly distinguishes them from administrative lawmakers”*). Ver Martin Shapiro, *The Supreme Court and Administrative Agencies* (New York: Free Press, 1968), 53. En sentido similar, uno de los jueces de apelaciones en Estados Unidos ha indicado que “me gusta el hecho de que los jueces federales sean generalistas. Usualmente digo que los jueces deben ser los últimos generalistas que quedan en la vida profesional, y he resistido poderosamente cualquier sugerencia de que las cortes federales se vuelvan especializadas en un área en particular” (*“I like the fact that federal judges are generalists. I often say that judges may be the last generalists left in professional life, and I have resisted mightily any suggestion that the federal courts becomes specialized in any particular area”*). Ver Chief Judge Deanell R. Tacha, U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit, en Lawrence Baum, *Specialising the Courts* (Chicago: The University of Chicago Press, 2012), 2. Por su parte, J.D. Wright & A.M. Diveley, “Do Expert Agencies Outperform Generalist Judges? Some Preliminary Evidence from the Federal Trade Commission”, *Journal of Antitrust Enforcement* 1, n.º 1 (2013): 82-103, prueban empíricamente que la agencia especializada de competencia en EE.UU. no ha tenido una *performance* superior a los tribunales generalistas, aspecto destacado por R. Posner, *Antitrust Law*, 2ª ed. (Chicago: The University of Chicago Press, 2001), 280.

revisión judicial (sea procesal o sustantiva), sino a cómo dicho contenido es moldeado e influenciado por la institucionalidad. Nuestro enfoque es esencialmente uno de diseño institucional.²¹ En fin, y relacionado con lo anterior, tampoco adoptamos aquí una perspectiva empírica; es decir, no hacemos una revisión crítica y exhaustiva de las decisiones adoptadas por los tribunales medioambientales, de libre competencia o por la Corte Suprema, sino sólo utilizamos algunas de ellas como apoyo para nuestra argumentación.

Fuera de esta introducción, este trabajo se organiza de la siguiente forma. La parte 2 presenta el marco teórico. Analizamos de manera detallada cada una de las variables institucionales y las consecuencias que su elección puede generar, para luego relacionarlas y extraer algunas conclusiones respecto del comportamiento del regulador frente a ellas. A continuación, en la parte 3, ejemplificamos la teoría. Comenzamos por explicar de modo general la creciente demanda por un mayor *expertise* y especialización surgida en nuestro derecho, especialmente desde los inicios de los años 2000,²² para luego especificar la discusión aplicando la interrelación de las variables en los dos sistemas administrativos antes indicados: la libre competencia y la normativa medioambiental. En particular, enfatizamos el impacto que ha tenido la presencia de expertos en las políticas públicas sectoriales y el rol que crecientemente ha ido asumiendo la Corte Suprema chilena, el cual sólo puede ser entendido cuando se le sitúa en el más amplio contexto institucional. La parte 4 y final concluye.

2. LAS VARIABLES INSTITUCIONALES Y SU INFLUENCIA EN LAS DECISIONES REGULATORIAS

Al analizar el diseño institucional de un determinado régimen de revisión judicial, existen diversas cuestiones que deben ser conside-

²¹ Entendemos, sí, que este último es eminentemente limitado cuando es considerado de forma separada de los anteriores.

²² En este sentido, concordamos con quienes postulan que para entender los cambios en materia regulatoria y el rol de la experticia en la definición de políticas públicas, es esencial examinar la forma en que se han desarrollado las instituciones. Por ejemplo, M.A. Eisner, *Antitrust and the Triumph of Economics: Institutions, Expertise, and Policy Change* (Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1991).

radas, pero —como argumentaremos— dos resultan centrales.²³ La primera, y más obvia, es la naturaleza del ente revisor: ¿debe éste ser especializado o debe la cuestión ser entregada a la jurisdicción general? Como hemos adelantado, la opción por uno u otro modelo —especialización o régimen general— influye en los incentivos que dichos órganos tendrán al momento de ejercer sus funciones. Esto es lo que consideramos como primera variable institucional, cuyo desarrollo histórico y contenido específico tratamos en la sección 2.1. Luego, una segunda cuestión, vinculada a la anterior, pero diferente, dice relación con el instrumento que el ordenamiento otorga al órgano revisor para decidir la materia específica sometida a su conocimiento. El instrumento determina en buena medida (aunque no de forma exclusiva) el estándar de revisión. Ésta es lo que llamamos la segunda variable institucional, que desarrollamos en la sección 2.2. Subyacente al análisis de ambas variables se encuentra la cuestión del ámbito de la decisión. El órgano decisor o el revisor adoptarán diversas posturas, diversos grados de intervención, como resultado de la interrelación entre los incentivos dados por la primera y las posibilidades entregadas por la segunda, lo que en definitiva impactará en el comportamiento del decisor primario. La sección 2.3 detalla estas cuestiones.

2.1. Primera variable: especialización versus régimen general

La primera variable de importancia para el diseño institucional tiene un carácter orgánico. Desde este punto de vista existen múltiples cuestiones que definir. Algunas de ellas, por ejemplo, dicen relación con la decisión primaria: si ésta será adoptada por el mismo órgano que instruye la investigación y es parte en el litigio, o por un órgano separado. Ésta es una decisión de carácter primordialmente procesal, que dice relación con las garantías otorgadas a los intervinientes, particularmente la independencia judicial y otras que se engloban bajo el concepto ge-

²³ Esta sección extiende los planteamientos expuestos en J. Tapia & S. Montt, “Judicial Scrutiny and Competition Authorities: The Institutional Limits of Antitrust”, en *The Global Limits of Competition Law*, editado por D. Sokol & I. Lianos (Stanford: Stanford University Press, 2012), 141-157.

nérico de *procedural fairness*, “justicia procesal”²⁴ o debido proceso.²⁵ Otras opciones orgánico-procesales dicen relación con el procedimiento frente al decisor primario y al revisor: adversarial o inquisitorio; con la decisión de ubicar al organismo revisor dentro o fuera del poder judicial; o bien con la opción entre crear una agencia multisectorial o de objetivo único.²⁶ Sin embargo, todas estas decisiones —sin duda importantes en sí mismas— resultan a nuestro juicio secundarias frente a la decisión de optar por un revisor especializado o generalista. Como veremos, esta última opción es la única, entre todas las decisiones orgánicas, que tiene un impacto significativo en los incentivos entregados al órgano decisor y que, por tanto, afecta el modo en que éste adopta sus decisiones en primera instancia.

2.1.1. Los orígenes de la especialización

El concepto y desarrollo de la especialización judicial está fuertemente ligado al desarrollo paralelo de la administración moderna del Estado y constituye uno de los problemas centrales desde el establecimiento del modelo liberal de estado de derecho.²⁷ Por lo mismo, no es posible analizar la especialización judicial sin referirse, al menos de manera somera y descriptiva, a los cambios que ha sufrido la Administración.

²⁴ La justicia procesal ha sido entendida por la doctrina como comprensiva de cuatro principios centrales: voz, neutralidad, respeto y confianza (véase, por ejemplo, T.R. Tyler, “Procedural Justice and the Courts”, *Court Review* 44: 26). Sin embargo, existen diversas formas de referirse al contenido de estos principios. Así, la “voz” puede ser entendida como bilateralidad de la audiencia; la neutralidad puede ser asociada a la independencia del juzgador; y tanto el respeto como la confianza pueden ser consideradas manifestaciones de la legitimidad propia de un sistema judicial.

²⁵ El Tribunal Constitucional chileno ha sostenido que si bien el sistema que se diseñe es responsabilidad del legislador, éste debe cumplir con estándares básicos de debido proceso. En términos sencillos, esto significa que no se puede dictar un acto administrativo que imponga una medida de gravamen, “sin que se instruya un procedimiento administrativo que permita al afectado una adecuada defensa de sus derechos” (STC rol 1413- 09, c. 26).

²⁶ Sobre este último caso, véase A. Ottow, “Erosion or Innovation? The Institutional Design of Competition Agencies – A Dutch Case Study”, *The Journal of Antitrust Enforcement* 2, n.º 1 (2014): 25-43 (explicando el paso de la agencia holandesa de competencia a agencia multifuncional).

²⁷ Véase nota 5.

Como es sabido, el constitucionalismo moderno descansa en un delicado balance entre poder y libertad, el cual, a su vez, se sustenta en tres principios básicos: supremacía constitucional, que la Constitución es la ley fundamental de un territorio y que la judicatura es su guardián.²⁸ En la concepción de la teoría originaria del Estado constitucional surgida a partir de los procesos revolucionarios del siglo XVIII, es el juez el encargado de mantener la estricta separación entre la creación de las normas (entregada al Parlamento)²⁹ y su aplicación (entregada a la Administración). De aquí que la independencia de la función jurisdiccional y su sumisión a la legalidad fueran también elevadas a la categoría de pilares básicos de los sistemas jurídicos liberales.³⁰ En estos últimos, un juez revisa las actuaciones de los órganos administrativos, realizando un mero ejercicio de subsunción, y vela porque ellas estén sometidas en todo momento al derecho. Legalidad y control son los dos principios sobre los cuales se sustenta todo el entramado constitucional.³¹

Sin embargo, las fronteras de la actuación estatal comenzaron a ser fundamentalmente redefinidas desde mediados del siglo XX, cuando los gobiernos contemporáneos crecieron tanto en escala como en complejidad. De un lado (el menos relevante para nuestros propósitos), el tamaño relativo del sector público se expandió de forma considerable.³²

²⁸ Véase M. Loughlin, *Foundations of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 312 y ss.; L. Favoreu (coord.), *Droit Constitutionnel* (Paris: Dalloz, 1998); E. Zoller, *Introduction to Public Law* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010); P. Weil, *Derecho administrativo* (Madrid: Civitas, 1986); y E. García de Enterría, *La lengua de los derechos*, 3ª ed. (Madrid: Civitas Civitas, 2009).

²⁹ Normalmente, el órgano “legislador” es el poder legislativo. En el derecho chileno, sin embargo, el rol pertenece en gran medida al poder ejecutivo *conjuntamente* con el Congreso, reconociéndosele la calidad de “colegislador”. No obstante, en lo sucesivo mantendremos la nomenclatura tradicional.

³⁰ Para una explicación general, véase I. de Otto, *Derecho constitucional: Sistema de fuentes*, 2ª ed (Barcelona: Ariel Derecho, 1988), 284 y ss.; Zoller, *Introduction*.

³¹ Véase, en este sentido, L. Cordero Vega, *El control público* (Santiago: Legal Publishing, 2010); E. Carolan, *The New Separation of Powers. A Theory for the Modern State* (Oxford: Oxford University Press, 2009); F. Rubio Llorente, *Las formas del poder. Estudios sobre la Constitución* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997).

³² Véase S. Peltzman, “The Growth of Government”, *Journal of Law and Economics* 23: 209 (1980), quien presenta evidencia de este punto en algunas naciones.

De otro, desde aquel entonces los problemas públicos derivados de las actividades económicas tendieron a complejizarse, presentando desafíos antes no previstos en términos de las políticas públicas necesarias para materializar los fines perseguidos.³³ La manifestación más fuerte de la redefinición llegaría a partir de la década de los 80, cuando la complejización no sólo se plasmó en los procesos “hermanos” de privatización, des- y re-regulación, liberalización (es decir, promoción de competencia en servicios tradicionalmente considerados monopólicos) y desintegración de estructuras verticales, sino también en la mayor relevancia que comenzaron a adquirir los objetivos sociales, en la disminución de la frontera público-privada, etcétera.³⁴ El avance de lo que sería luego denominado el “Estado regulador”³⁵ o, más genéricamente, del “capitalismo regulatorio”³⁶, comenzó a presentar serios desafíos tanto para la creación del derecho como para su aplicación.

³³ Como indicara Forsthoff, “la técnica viene por todas partes al encuentro de la Administración” (E. Forsthoff, *Sociedad industrial y administración pública* (Madrid: Escuela Nacional de Administración Pública, 1967), 102). Para un análisis detenido de esta evolución en el derecho administrativo, véase R. Pantoja, *Derecho administrativo. Clasicismo y modernidad* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1994); J. Barnes, “Transformaciones (científicas) del derecho administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* 430: 209; y L. Parejo Alfonso, *Transformación y ¿reforma? del derecho administrativo en España* (Madrid: INAP – Global Law Press, 2012).

³⁴ Para una presentación de esta idea comparando experiencia de Francia, Reino Unido y Estados Unidos, véase T. Prosser, *The Regulatory Enterprise: Government, Regulation, and Legitimacy* (Oxford: Oxford University Press, 2010).

³⁵ Sobre este concepto, véase, por ejemplo, G. Majone, “The Rise of the Regulatory State in Europe”, *West European Politics* 17 (1994): 77; y C. Scott, “Regulation in the Age of Governance. The Rise of the Post-Regulatory State”, en *The Politics of Regulation: Institutions and Regulatory Reform for the Age of Governance*, editado por J. Jordana & D. Levi-Faur (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2004), 145.

³⁶ J. Braithwaite, *Regulatory Capitalism: How It Works, Ideas for Making It Work Better* (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2008); D. Levy-Faur, “The Global Diffusion of Regulatory Capitalism”, *Annals of the American Academy of Political & Social Sciences* 598 (2005): 12; J. Jordana, “Globalizing Regulatory Capitalism”, *Annals of the American Academy of Political & Social Sciences* 598 (2005): 184. El concepto de “capitalismo regulatorio” sintetiza de forma muy precisa que los mercados son simplemente un mecanismo regulatorio en el que confluye un gran número de formas de regulación estatales y no-estatales. La regulación es hoy difusa y fragmentada, y engloba un amplio ser de actividades de control y de policía que van más allá de la dirección del Estado, pero reservándole a éste un rol dominante.

Lo anterior trajo como consecuencia cambios importantes en la estructura del derecho, manifestados centralmente en el desarrollo de áreas “menos tradicionales”, esto es, distintas del derecho constitucional, civil, procesal y penal.³⁷ Los avances prácticos en materias corporativa, financiera, regulatoria, de competencia, propiedad intelectual, farmacéutica o incluso medioambiente —todas las cuales usualmente se vinculan a cambios tecnológicos, complejas operaciones financieras (*financial engineering*) o productos nuevos—, no sólo permitieron lidiar de mejor manera con la nueva realidad económica y social, sino que demandaron una adaptación en paralelo de las normas bajo las cuales aquellos avances se desarrollaban. Esto significó cambios profundos en los derechos de inspiración civil continental. Por ejemplo, en varias de estas nuevas áreas (o al menos en parte de ellas) tiende a primar la técnica de regular por estándares en desmedro de las reglas,³⁸ lo que redundó en la creación de estatutos legales generales, dotados de poco contenido específico en sí mismos y sujetos a un alto nivel de interpretación. Tanto ésta como otras diferencias basales en la estructura del derecho fueron las que, en buena medida, comenzaron a demandar arreglos institucionales especiales que facilitarían su aplicación.

En efecto, la tarea consecuencial consistió en determinar cuál era el ente más capacitado para lidiar con las nuevas e intrincadas funciones estatales. Tanto la rapidez del comercio y la complejidad de los problemas, como las limitaciones propias del proceso de formación de la ley, evidentemente impedían acudir a la legalidad estricta como solución. Frente a la nueva realidad jurídica, entonces, la Administración se alzó como la entidad mejor posicionada para dotarla de contenido y efectuar su aplicación.³⁹ La explicación más extendida acerca de este

³⁷ Aunque algunas de éstas, por cierto, también se han vuelto más complejas (especialmente el derecho penal).

³⁸ Para un análisis económico de esta distinción, véase L. Kaplow, “Rules Versus Standards: An Economic Analysis”, *Duke Law Journal* 42 (1992): 557-629.

³⁹ Véase C. Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State* (Cambridge, MA – London: Harvard University Press, 1990), 111: “Por cierto, las reformas legislativas deben vencer una enorme carga de inercia. Es a través de la interpretación, en las cortes y el poder ejecutivo, que las mejoras regulatorias, [ya] intercaladas por cierto, pueden ser realizadas más fácilmente” (“*Indeed, legislative reform must overcome an enormous burden of inertia. It is through interpretation, in the courts and the executive branch, that regulatory improvements, interstitial to be sure, can be brought about most easily*”).

fenómeno en la literatura es que la complejización de los problemas públicos trajo como consecuencia la necesidad de que el legislador “encargara” o “delegara” (dependiendo del contexto institucional general de cada jurisdicción específica) una serie de tareas y responsabilidades en organismos administrativos, los que vieron ampliado de manera importante su espacio de actuación.⁴⁰ Esto relativizó, de algún modo, el concepto de legitimidad plena de la ley como mecanismo para la resolución de problemas públicos.⁴¹ La encomienda o delegación podía ser explícita o producirse de manera implícita, esto es, cuando la redacción normativa posee cierto grado ambigüedad, por ejemplo, producto del carácter esencialmente flexible de los objetivos perseguidos por la legislación; o bien cuando presenta vacíos que deben ser llenados por la vía interpretativa.⁴² Cualquiera sea el caso, el diseño normativo y de po-

⁴⁰ Para una exposición de las críticas centrales al modelo de delegación, véase C. Radaelli & F. de Francesco, “Regulatory Impact Assessment”, en *The Oxford Handbook of Regulation*, editado por R. Baldwin, M. Cave & M. Lodgem (Oxford: Oxford University Press, 2010), 279 y ss.

⁴¹ Como ha dicho C. Cabo Martín —*Sobre el concepto de ley* (Madrid: Ed. Trotta, 2000), 95—, en la medida en que la “lógica intervencionista se impone y la legislación pierde su carácter general y pasa a incorporar, de un lado, y a afectar, de otro, a intereses concretos, se entiende que ahora el espacio de la decisión ya no corresponde a la representación general sino que debe ser compartida con los intereses concretos implicados, a los que, desde la óptica garantista individual, es necesario integrar en el procedimiento. Así, el procedimiento parlamentario actual incluye efectivamente intereses particulares extraparlamentarios que intervienen, bien en el momento de la iniciativa, bien en el de las fases posteriores y de las más distintas formas, y que desvirtúan aquellos dos objetivos generales a los que servía el procedimiento parlamentario como instrumento democrático e imparcial en la elaboración de la ley. Por esta vía vuelve a aparecer el impacto administrativista, no sólo por su contenido, sino porque el procedimiento parlamentario se convierte a la lógica del procedimiento administrativo en cuanto toda esa inclusión de los intereses afectados adquiere el sentido que en este último se asigna a la ‘audiencia del interesado’. Hay que tener en cuenta que con ello, además, se legitiman nuevos sujetos capaces de aumentar la complejidad de las demandas tanto desde fuera como dentro del procedimiento, dadas las posibilidades que ofrece la deducción de inconstitucionalidad por vicios procedimentales”.

⁴² Nótese que el carácter implícito de la delegación bien puede provenir de una decisión expresa del legislador (lo que Kovacic, “Institutional Design”, 2166, denomina “ambigüedad estratégica”). Por ejemplo, éste puede saber de antemano que leyes con propósitos múltiples conllevan un mayor riesgo de que ciertas disposiciones se confronten unas con otras. Sin embargo, esa multiplicidad de objetivos bien puede ayudar a obtener los quórums necesarios para aprobar la ley.

lítica pública (*policy-making*) pasó a estar radicado fundamentalmente en el poder ejecutivo en desmedro del legislativo.⁴³

Este fenómeno se agudizaría en la era post privatización, con la creación y masificación, en diversas jurisdicciones (con particular notoriedad en el derecho europeo continental), de una respuesta estatal basada en el trabajo de una serie de órganos que operan a una distancia considerable de las instituciones democráticas tradicionales, cuyos orígenes se remontan al derecho norteamericano.⁴⁴ La literatura las denomina “instituciones no-mayoritarias”, aunque el nombre de “agencias regulatorias independientes” es el más común.⁴⁵ Su fundamento radica en que el aumento en el nivel de especialización y *expertise*, así como su independencia de otros poderes del Estado,⁴⁶ puede traer beneficios significativos no sólo en la medida que expande las capacidades administrativas, sino en cuanto permite, además, reemplazar “clientelismo” y dependencia de otras instituciones (aumentando la autonomía en la definición de políticas públicas) y enfatizar objetivos de largo plazo.⁴⁷

⁴³ Véase E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid: INAP – Marcial Pons, 2003), 51-124.

⁴⁴ En Estados Unidos, el denominado “movimiento tecnocrático” que antecedió al llamado New Deal (entre 1933 y 1936, bajo el gobierno de F.D. Roosevelt) emanó del deseo de separar la política de la administración del Estado. A partir de este objetivo, los principios progresistas de buena administración guiaron en buena medida el diseño de las agencias durante el New Deal y la subsecuente definición de las políticas durante el período. Para un análisis detallado, véase W. Atkin, *Technocracy and the American Dream: The Technocratic Movement, 1900-1941* (Berkeley: University of California Press, 1977); y M.A. Eisner, *Regulatory Politics in Transition* (Baltimore: John Hopkins University Press, 2000), especialmente el capítulo 2.

⁴⁵ Por todos, véase M. Thatcher & A. Stone Sweet, “Theory and Practice of Non-Majoritarian Institutions”, *West European Politics* 25 (2002): 1-22. Para el caso de Chile, L. Cordero Vega & J.F. García, “Elementos para la discusión de las agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias”, en *Anuario de Derecho Público* 2012, UDP: 415 y ss.

⁴⁶ De hecho, algunos autores han indicado que estas agencias serían un verdadero “cuarto poder del Estado”, constituyendo ellas una manifestación de una nueva fase en el desarrollo estatal (por todos, ver nota 28: Loughlin, *Foundations*, 450).

⁴⁷ Nótese que, sin embargo, dado su carácter de “independencia”, la autoridad de estos órganos proviene de fuentes distintas a la delegación del poder por parte de la legislatura. En el Estado regulador, entonces, la hipótesis de la delegación puede ser seriamente cuestionada y, por consiguiente, también pueden serlo los mecanismos de control creados bajo su influjo. Explorar estas cuestiones excede los límites autoimpuestos en este trabajo.

Subyacente tanto a la noción de encomienda como de delegación está la creencia o convicción de que la Administración posee mayores capacidades *informativas* respecto de una determinada materia que el legislador.⁴⁸ Esta capacidad superior no tiene una fuente única. En este sentido, la especialización (considerada en este caso desde la perspectiva puramente subjetiva) puede ser concebida como un concepto que enmarca al menos dos elementos —similares, pero no idénticos— relacionados con el nivel de información del órgano especializado. El primero es la “experticia”: un elevado nivel de conocimiento en un área sustantiva específica, en razón de su estudio pormenorizado; el segundo es la experiencia, esto es, la acumulación de un conocimiento o destreza. Un órgano será también especializado cuando deba lidiar con un alto número de decisiones en la misma materia, sobre todo si éstas se refieren generalmente a una misma área particular. De aquí que organismos con competencias altamente delimitadas vean fortalecidas sus capacidades para lidiar con ciertos temas específicos. La presencia de este elemento implica que, de manera contraria a la creencia extendida, la sola experticia no es el elemento que necesariamente define a la especialización.⁴⁹

⁴⁸ En este sentido, por ejemplo, J. Huber & C. Shipan, *Deliberate Discretion? The Institutional Foundations of Bureaucratic Autonomy* (Cambridge y Nueva York: Cambridge University Press, 2002), 215 (indicando que subyace a su modelo el que el *expertise* de los burócratas es superior al de los políticos); y J.L. Mahaw, *Bureaucratic Justice. Managing Social Security and Disability Claims* (New Haven, CT: Yale University Press, 1985), indicando que “el profesional es maestro de un arcano cuerpo de conocimiento y funda su juicio apelando a la experticia” (“*the professional is master of an arcane body of knowledge and supports his judgment by appeals to expertise*”). Con todo, nótese que la especialización es sólo una de las razones que explican la necesidad de delegar. Otras explicaciones enfatizan los costos de redactar legislación, mientras que una tercera “rama” (más vinculada a la creación de agencias independientes) la explica en términos de una mayor protección contra influencia política. Explorar estas hipótesis excede los límites de este trabajo. Asimismo, cuando una agencia es independiente, existe otra razón que —junto a la especialización— justifica un mayor o menor grado de delegación: que el creador de la norma anticipe que la agencia se alinearán con sus propias preferencias acerca de los resultados esperados. Esto a veces se denomina *ally principle* o principio del aliado. Véase M. Stephenson, “Statutory Interpretation by Agencies”, en *Research Handbook on Public Choice and Public Law*, editado por D.A. Farber & A.J. O’Connell (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2010), 288.

⁴⁹ De hecho, los jueces generalistas también son “expertos” en la aplicación de la ley. De acuerdo a Cane, *Administrative Tribunals*, 93, la distinción se debe a que los jueces no-legos “hablan sin acento”, dado que los procesos son llevados en lenguaje legal.

El *nivel* de la encomienda o delegación está determinado fundamentalmente por la profundidad de la especialización del ente administrativo de que se trate. Independiente de si la delegación es explícita o se produce de manera implícita, la cuestión central radica en determinar el “espacio o margen de discreción” con que será dotada la agencia.⁵⁰ Dentro de dicho espacio, a ésta le es permitido seleccionar cualquier objetivo de política pública; pero le está vedado apartarse de él.⁵¹ Como habitualmente se indica, este espacio puede ser pensado como una “zona de ambigüedad” en la cual existe un rango de interpretaciones plausibles de ser elegidas teniendo en cuenta los legítimos principios interpretativos y

⁵⁰ Como expresa P. Menéndez (“Discrecionalidad”, en *Diccionario de derecho administrativo*, dirigido por S. Muñoz Machado (Madrid: Iustel, 2005), 969), la potestad discrecional se dará en los casos en que el legislador le confiere a la Administración un espacio de autodeterminación, un margen o libertad de decisión para elegir entre varias alternativas o soluciones posibles. La adopción de los actos que se dicten en ejercicio de una potestad de esa naturaleza se basará, entonces, en criterios no predeterminados por la norma que concede el margen de decisión, criterios que quedan a la libre consideración de la Administración. Con todo, la discreción es un concepto complejo, lo que se demuestra no sólo por la abundante literatura que se ha abocado a su entendimiento (por todos, véase K. Hawkins, ed., *The Uses of Discretion* (Oxford: Oxford University Press, 1995)), sino también por su uso diverso en las distintas jurisdicciones. Por ejemplo, el derecho administrativo francés distingue entre *pouvoir discrétionnaire*, que en general se refiere a la libertad de elección entre diferentes cursos de acción, y *competence liée* (“facultades atadas”), que aparece toda vez que el decisor, luego de calificar los hechos, debe seguir cierto curso de acción establecido por el legislador (J-C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire* (París: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1959). En el derecho alemán, por su parte, se distingue entre *Ermessen*, que se refiere a la elección de “acciones-posibilidades”, y *Beurteilungsspielfraum*, que se refiere al especial margen de apreciación del que goza un órgano administrativo cuando interpreta normas de textura abierta (J. Terchechte, “Administrative Discretion and Judicial Review in Germany”, en *National Courts and the Standard of Review in Competition Law and Economic Regulation*, editado por O. Essens, A. Gerbrandy & S. Lavrijssen (Groninga, PB: Europa Law Publishing, 2009), 85-86). Para los efectos de este trabajo, suficiente es considerar la discreción desde la perspectiva amplia mencionada por Menéndez de “espacio de autodeterminación” (o “esfera de autonomía”, en palabras de D.J. Galligan, *Discretionary Powers: A Legal Study of Official Discretion* (Oxford: Clarendon Press, 1990)).

⁵¹ Al apartarse de dicho fin se puede configurar un vicio en la dictación del acto de la autoridad administrativa, denominado “desviación de fin o de poder”. Al respecto véase C. Chinchilla, *La desviación de poder* (Madrid: Civitas, 1999); y C. Lledó & J. Pardo, *El vicio de la desviación de poder en los actos administrativos* (Santiago: Legalpublishing – Thomson Reuters, 2013).

el lenguaje de la norma.⁵² Aquí es donde juega un rol fundamental la especialización: el “tamaño” del espacio de discreción depende fundamentalmente del nivel de especialización de la agencia administrativa: aquí será mayor mientras más alto sea este nivel. Esto se explica en que, enfrentado a un cierto grado de incertidumbre acerca del real estado del arte del objeto normativo o de la verdadera conexión entre las opciones interpretativas y su resultado, el creador de la norma preferirá delegar más (en otras palabras, ampliar el espacio de discreción) en quien posee *mejor* información. En caso contrario, el creador de la norma simplemente tiene incentivos a redactar ésta en términos más completos.

Lo anterior explica el problema de “agente-principal” que subyace a la idea de delegación. Mientras mayores sean las capacidades informacionales de una agencia, mayores serán las asimetrías de información existentes entre la legislatura y la Administración.⁵³ Por esto, las agencias con mandatos más específicos suelen operar con un mayor grado de autonomía respecto del poder central (éste suele ser el caso, por ejemplo, de las agencias independientes, antes mencionadas) y suelen tener mayores espacios de discrecionalidad para determinar políticas públicas. De esto deriva la importancia de establecer mecanismos para mitigar tal riesgo, tales como el uso del proceso, de incentivos u otros.⁵⁴

Sin embargo, un aspecto crucial a tener en cuenta en nuestro análisis es que el proceso de encomienda o delegación a la Administración no sólo incluyó la definición de la política pública (*policy-making*, el área “natural” de delegación), sino que también comprendió la entrega de importantes facultades interpretativas. La explicación para esto nue-

⁵² M. Stephenson & A. Vermeule, “Chevron Has Only One Step”, *Virginia Law Review* 95 (2009): 597-609. En sentido similar, G. Fernández Farreres, *Sistema de derecho administrativo I*, 2ª ed. (Cizur Menor, Navarra: Civitas – Thomson Reuters, 2014), 456.

⁵³ Nótese que la idea de la delegación adopta la perspectiva de la clásica teoría de la elección racional (*rational choice*), de acuerdo a la cual el proceso regulatorio es caracterizado por oferta y demanda, y, tal como los mercados de bienes y servicios (y quizás en mayor medida que éstos), está plagado de “fallas”, siendo las más fundamentales aquellas asociadas a las asimetrías de información (básicamente riesgo moral, selección adversa y señalización). Una pregunta relevante, que no exploramos en este trabajo, es en qué medida el aumento del pluralismo en la política llevará a una mayor necesidad de formar coaliciones y, por ende, delegar aún más en la Administración en cuestiones técnicas.

⁵⁴ El análisis de estas cuestiones excede los límites de este trabajo.

vamente puede atender al elemento informacional: dado que un cierto nivel de interpretación es inevitable, el legislador prefiere dotar de tal facultad de manera completa y directa, con el fin de alinear lo más cerca posible los objetivos de política pública (los cuales, como hemos indicado, son definidos por la Administración) con el resultado de la interpretación. Así, las facultades para interpretar normativa tendrían un rol coadyuvante que facilitaría el desarrollo de las políticas públicas. Por tanto, es esperable que mientras más grande sea la ventaja informacional de una agencia, más autoridad interpretativa tendrá.⁵⁵

En suma, el crecimiento del rol de la Administración, tanto en materia de políticas públicas como en la tarea interpretativa, explica en buena medida los cambios consecuenciales que ha sufrido la judicatura, especialmente en lo que se refiere a la variable orgánica de la especialización, como analizamos a continuación.

2.1.2. La especialización judicial⁵⁶

El progresivo aumento de la delegación o encomienda en la Administración, producto de las mayores demandas de especialización técnica que implicaron los cambios estatales, también trajo consecuencias profundas en la forma de lidiar con el tradicional problema de balancear poder y libertad. Si bien los jueces mantuvieron su rol de garantes del sistema, su importancia relativa en la resolución de conflictos públicos decreció de manera natural. Si, como hemos visto, la regla general es que el legislador delegará en —o encomendará a— quien tenga una ventaja informacional, *prima facie*, la hipótesis de la especialización favorece la alternativa de delegar en la Administración en desmedro de la judicatura,⁵⁷ la cual, en particular, dejó de ser el “intérprete natural”

⁵⁵ En este sentido, J. Mashaw, “Agency Statutory Interpretation”, *Public Law & Legal Theory. Research Papers Series* 33, Yale Law School, 2003. Para una crítica jurídica a los efectos de la interpretación administrativa, véase A. Guzmán Brito, *La interpretación administrativa en el derecho chileno* (Santiago: Legalpublishing – Thomson Reuters, 2014).

⁵⁶ Véase nota 8 y el texto central al que acompaña, donde expresamos nuestra definición de especialización.

⁵⁷ Ésta es la clásica crítica de L.L. Fuller en el derecho norteamericano (“The Form and Limits of Adjudication”, *Harvard Law Review* 92 (1978): 353), quien estimaba que las cortes generalistas no eran capaces de lidiar con las “cuestiones policéntricas” que afectaban intereses dispersos, propios de la regulación.

de la legislación. Por esto, a partir de mediados del siglo XX, la Administración se transformó en la encargada primordial de determinar el adecuado balance entre derechos privados y necesidades regulatorias colectivas que subyace a todo conflicto público. Esto implicó, además, que los conflictos comenzaran a ser resueltos atendiendo a la naturaleza del problema determinado y sus fines, centrándose las decisiones en la búsqueda de un objetivo último unificador del sistema más que en un análisis casuístico basado en la protección de derechos de carácter individual.⁵⁸

Esta preeminencia administrativa, tanto orgánica como sustancial, no sólo conllevó un “choque” frontal con las competencias judiciales y la manera en que los tribunales tradicionales entendían su propio rol y aplicaban el derecho. También trajo consecuencias importantes para la estabilidad institucional, pues la señalada preeminencia contrariaba, en cierta medida, los objetivos políticos de corto plazo de la legislatura. En efecto, si el legislador calcula que sus réditos políticos en el corto plazo serán más beneficiosos si provee decisiones estables para el largo plazo, es la judicatura —no la Administración— la que se alza como el delegatario que mejor puede alcanzarlas, pues teóricamente se encuentra más alejada de la eventual influencia política.⁵⁹ Es también posible afirmar que el creador de la norma simplemente prefiere no aceptar su responsabilidad por ella (*blame shifting*) y, por tanto, delega en el intérprete, particularmente en la judicatura, que será en definitiva quien cargue con la responsabilidad de una determinada interpretación.⁶⁰ Cualquiera sea el caso, la respuesta institucional paralela natural al fortalecimiento de la Administración fue fortalecer la judicatura.

El logro de lo anterior dependía de la posibilidad de equiparar, en la mayor medida posible, a la Administración en términos de rapidez

⁵⁸ Más adelante volveremos sobre esta idea. Véase la nota 77 y el texto central al que acompaña.

⁵⁹ Esta situación está vinculada a la hipótesis de “compromisos creíbles” —*credible commitment*— identificada por la literatura para lidiar con el problema de la consistencia en el tiempo (*time-consistency problem*). Véase, por ejemplo, T.M. Moe, “Politics and the Theory of Organization”, *Journal of Law, Economics and Organization* 7 (special): 106-29.

⁶⁰ Como expresa un autor, hay temas en los que los legisladores están muy dispuestos a aparecer como que han “hecho algo”, pero no están igualmente dispuestos a hacer algo en particular (J.Q. Wilson, *The Politics of Regulation* (New York: Basic Books, 1980)).

y experticia. En efecto, toda la idea de delegación o encomienda en la Administración y el control por la judicatura descansa en una judicatura tradicional, de carácter generalista, sea ésta del fuero común o una justicia contenciosa administrativa.⁶¹ La especialización judicial de contenido técnico, en cambio, permite a ésta al menos emular las capacidades administrativas y ejercer un mayor espacio de discreción. Por esto, no es necesario que el juez sea más experto que el decisor primario, sino que es suficiente que posea un conocimiento importante en el área (como hemos mencionado, sea que haya adquirido éste por *expertise* o por experiencia), de modo que pueda decidir a cabalidad incluso acerca de los detalles técnicos del problema.⁶² Si su conocimiento (o incluso el del equipo que lo apoya) es elevado, él puede sostener que posee una competencia al menos similar a la de la agencia para lidiar con la materia en cuestión.⁶³ Por cierto, es indudable que, por una cuestión de recursos, capacidades humanas disponibles y objetivos, la judicatura nunca equipará completamente a la Administración. La pregunta de por qué ampliar las capacidades judiciales dice relación, esencialmente, con una cuestión de grado; con cuál será el acento que se dará a la protección de derechos individuales *versus* fines públicos o, más ampliamente, al balance entre libertad y poder.

En otras palabras, la especialización judicial técnica refleja una doble desconfianza: en el actuar de la Administración y su capacidad de dar un uso adecuado a los espacios de discrecionalidad (el problema revolucionario del siglo XVIII), frente a lo cual la judicatura proveería la independencia necesaria que actúa como contrapeso; y también en las capacidades técnicas de los jueces tradicionales, generalistas, para controlar las capacidades supuestamente “exorbitantes” que dicha Administración habría adquirido producto de la complejización de las relaciones económicas (el problema “revolucionario” del siglo XX), frente a lo cual la judicatura especializada proveería un resguardo técnico adecuado para lidiar con los

⁶¹ Véase, sin embargo, la advertencia señalada en nota 20.

⁶² Algunos han planteado el supuesto erróneo de que la experticia del revisor debe ser mayor: R.M. Levin, “Identifying Questions of Law in Administrative Law”, *Georgetown Law Journal* 74 (1985): 1 y ss.

⁶³ Por tanto, la delegación podría incluso recaer directamente en esta última y no en la Administración, como efectivamente acontece en ciertos sistemas normativos.

problemas derivados de ella.⁶⁴ Siendo así, las raíces de la especialización judicial técnica son —podría sostenerse— eminentemente políticas.

La visión recién descrita se condice con las diversas razones que suelen darse en el debate público para justificar la opción por una judicatura especializada. Entre otras, están incrementar la uniformidad y la predictibilidad, introduciendo coherencia lógica a los objetivos de una parte del sistema legal, o favorecer “mejores decisiones” (independiente del contenido que se pretende atribuir a esta expresión). Como se observa, nuevamente una explicación de tipo informacional subyace al hecho de que el legislador considera que los motivos aludidos, u otros, son valorables y suficientes desde la perspectiva de la política pública: una mayor especialización permitiría protegerlos de una forma más adecuada, efectiva o eficaz. Por el contrario, supuestamente los jueces generalistas no estarían en posición de velar de la misma forma por los objetivos valorados por el legislador, ya sea, por ejemplo, debido a la escasez de jurisprudencia verdaderamente relevante (o su relativa incoherencia o baja densidad normativa) antes de la introducción de especialización, o por otras razones o creencias quizás más subjetivas.

La conveniencia de introducir especialización técnica debe, sin embargo, considerar también los posibles costos. Al menos uno de ellos es la pérdida de consistencia ideológica entre áreas y agencias diversas. Es dable pensar que, dentro de determinados rangos, las agencias exhibirán una cierta línea ideológica (sea conservadora o liberal, en términos generales) afín al gobierno de turno, lo que aumentará mientras más centralizado sea el control o la influencia que el Presidente pueda ejercer sobre cada agencia determinada (es decir, mientras menos independiente sea). Este incentivo puede perderse si una agencia específica se alinea, de alguna forma, con la judicatura; y, como veremos, tienen incentivos para esto.⁶⁵

2.1.3. Los incentivos derivados de la especialización técnica de la justicia

Al menos desde un punto de vista teórico, la revisión puede ser desplegada en un continuo de opciones que va desde el escrutinio mínimo de la decisión de la instancia previa (de sus supuestos estrictamente

⁶⁴ Como veremos, éste fue precisamente el caso en el derecho chileno (ver sección 3.1.1).

⁶⁵ Ver sección 2.3.1.

reglados) hasta la total sustitución de la decisión adoptada en esa instancia. Estos dos extremos representan dos doctrinas administrativas acerca de los límites que el control judicial impone a las decisiones regulatorias: la “deferencia” y la “no-deferencia”.⁶⁶ Ambos enfoques son meramente referenciales, pero no obstante resultan muy útiles cuando son considerados como “atajos” para referirse a una mayor discreción administrativa o una mayor discreción judicial, respectivamente. Por esto, sin perjuicio de que el control judicial es una cuestión de grado, la dicotomía es útil como herramienta analítica y, en este sentido (*sólo* en este sentido), el estudio del escrutinio de las decisiones puede ser realizado aplicando este lenguaje.

La deferencia indica que toda vez que el significado de una norma es ambiguo con respecto a la específica cuestión de derecho que se trata de resolver, o cuando el legislador ha entregado explícitamente una autorización a la Administración ya sea para decidir el contenido de una política pública o completar la regulación por vía administrativa, la judicatura debiera rehusar considerar el mérito legal de la interpretación utilizada en la decisión de la instancia previa. Esto es, la deferencia otorga al regulador un amplio espacio de discreción en sus pronunciamientos,⁶⁷ sin que esto implique, por cierto, inmunidad jurisdiccional.⁶⁸ Por su parte, la no-deferencia puede ser simplemente definida de un modo negativo, esto es, como ausencia de deferencia. Así, el revisor examina (o re-examina) y decide respecto de parte o todos los aspectos sustanciales y procedimentales ya resueltos en la instancia previa. En su versión más extrema (que aquí denominaremos “interferencia”), la no-deferencia implica la completa sustitución de la decisión de la instancia previa por aquella que el revisor considera es la correcta

⁶⁶ La referencia a los “grados de deferencia” es común en la literatura anglosajona. Entre otros, véase P. Craig, *Administrative Law*, 6ª ed. (London: Sweet & Maxwell, 2008), 615; A.L. Young, “In Defence of Due Deference”, *Modern Law Review* 72 (2009): 554; y P. Daly, “Deference on Questions of Law”, *Modern Law Review* 74 (2001): 694, todos en el derecho inglés. En el derecho norteamericano, véase E.H. Tiller, “Controlling Policy by Controlling Process: Judicial Influence on Regulatory Decision Making”, *Journal of Law, Economics & Organization* 14, n.º 1 (Spring 1998): 114-117; S. Breyer, “Judicial Review of Questions of Law and Policy”, *Administrative Law Review* 38 (1986); y Levin, “Identifying Questions”: 43 (ver nota 62).

⁶⁷ Sobre este concepto, ver nota 50.

⁶⁸ Cordero Vega, *Lecciones de derecho*, 431 (ver nota 14).

interpretación de la cuestión a ser decidida, pudiendo incluso llegar a reemplazar el acto emanado de la agencia. Por tanto, mientras más cercana esté la no-deferencia a la interferencia, más reducido es el nivel de aceptación de la decisión realizada en la instancia previa.

Como hemos adelantado, el nivel de especialización técnica afecta crucialmente el ámbito de la revisión y la extensión de la discrecionalidad administrativa o judicial. De acuerdo a lo señalado, la discreción se refiere normalmente a cuestiones de hecho, de derecho o de política.⁶⁹ Debido a su carencia de conocimiento experto o su falta de experiencia en las materias a ser decididas, es esperable que un revisor generalista no examine todos los aspectos de la decisión previa, sino que su examen se circunscribirá a los aspectos procesales y a verificar que no existan vulneraciones flagrantes del derecho, lo que implica un control de los aspectos estrictamente reglados y de la suficiencia de la motivación para evitar la arbitrariedad.⁷⁰ Por el contrario, las cuestiones de hecho y de política

⁶⁹ Entre otros, véase R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977), 22; H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law*, 9ª ed. (Oxford: Oxford University Press, 2004), 250 y ss.; S.G. Breyer, R.B. Stewart, C.R. Sunstein & M.L. Spitzer, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 5ª ed. (New York: Aspen, 2002), 227. Por cierto, las categorizaciones pueden ser difusas en la práctica. Aunque la distinción suele ser usada en la práctica jurisprudencial comparada, muchos autores indican que ella no resulta útil como guía dada su posibilidad de ser manipulada en la práctica: los jueces interpretarán una cuestión como de hecho o de derecho según sea su deseo de ejercer control o por razones de conveniencia procesal (véase, por ejemplo, W.A. Wilson, “Questions of Degree”, *Modern Law Review* 32 (1969): 361-376; de modo similar, rechazando las categorías “puras”, véase C.F. Edley Jr., *Administrative Law: Rethinking Judicial Control of Bureaucracy* (New Haven, CT: Yale University Press, 1990). En el derecho norteamericano, éste fue un argumento recurrente de algunos adherentes al realismo legal. Por otra parte, existen muchas cuestiones “mixtas” de difícil clasificación (Levin, “Identifying Questions”). Sin embargo, al igual que otras, la distinción no deja de ser útil como herramienta analítica para nuestros propósitos.

⁷⁰ El derecho inglés provee un buen ejemplo de esta revisión limitada. En dicha jurisdicción todas las cuestiones de derecho son revisables por las cortes desde la decisión de la House of Lords en el caso *Page (R v Hull University Visitor ex parte Page)* [1993] AC 682). Al mismo tiempo, las cortes inglesas tradicionalmente han declinado adoptar decisiones en cuestiones de hecho y política (véase, por ejemplo, C. Harlow y R. Rawlings, *Law and Administration*, (Cambridge y New York: Cambridge University Press, 2009), 311). Confirmando este punto, véase: *R v DG Telecommunications ex parte Cellcom*, [1999] COD 105, at para. 26 (per Lightman J): “[L]a corte no debiera apurarse en impugnar las decisiones sobre hechos realizadas por un decisor experto y con experiencia, [y] debe ser por cierto más

serán normalmente dejadas a la discrecionalidad del decisor previo. En lenguaje estadístico, el revisor se mantendrá en el ámbito de las opciones *discretas*, lo que tendrá como resultado esperado una mayor deferencia.⁷¹

Tales argumentos resultan débiles en presencia de revisores especializados de carácter técnico. La especialización crea incentivos a incrementar la discreción mediante la revisión de *todos* los aspectos de la decisión previa. Haciendo uso nuevamente del lenguaje estadístico, el revisor especializado posee opciones *continuas*. Un mayor grado de especialización técnica permite al revisor sentir más confianza en sus propias capacidades cuando lidia con materias que en principio parecen requerir de un conocimiento especial y, por tanto, se siente capacitado para juzgar temas complejos (incluso técnicamente). Como algunos autores han sostenido, el conocimiento especializado provee un mejor entendimiento de los objetivos de políticas relevantes, reduce la probabilidad de inadvertencias, permite alcanzar coherencia y minimiza la dependencia de las posiciones y habilidades adversariales de los abogados y asesores de las partes.⁷² Sin embargo, reiteramos, nuestra descripción se mantiene en el plano positivo y no implica un argumento normativo en favor o en contra de la especialización. Sólo hemos establecido que si un tribunal es técnicamente especializado, probablemente se sentirá menos inclinado a ser deferente con el decisor previo, sin considerar cuán experto este último es.

La discusión previa también se relaciona con el conocido *trade-off* entre lo que, a partir de la doctrina anglosajona, se conoce como “adjudicación”, por una parte, e “implementación”, por otra.⁷³ La tensión

medurado al impugnar sus educadas profecías y predicciones para el futuro” (“[T]he court should be very slow to impugn the decisions of fact made by an expert and experienced decision-maker; it must surely be slower to impugn his educated prophesies and predictions for the future”). En política regulatoria: *Holder v Law Society* [2003] EWCA Civ 39, [2003] 1 WLR 1059. De modo similar, *E v SSHD* [2004] EWCA Civ 49, [2004] QB 1044, y *Unichem v OFT* [2005] CAT 8, [2005] 2 All ER 440, at para. 177.

⁷¹ Como analizaremos más adelante, argumentos relativos a la complejidad y tecnicismo de la materia son los que normalmente se recalcan para justificar esta especie de control acotado.

⁷² Por todos, S.H. Legomsky, *Specialized Justice: Courts, Administrative Tribunals, and a Cross-National Theory of Specialization* (Oxford: Clarendon Press, 1990), 22.

⁷³ Para una de las primeras formulaciones del concepto de adjudicación en el derecho norteamericano, véase Fuller, “The Form” (nota 57).

existente entre ambas —un problema tradicional del derecho administrativo—⁷⁴ se explica en que cada una de ellas “promueve diferentes valores en el sentido que su racionalidad es dar, respectivamente, con un balance distinto entre intereses sociales e individuales”.⁷⁵ En efecto, la aplicación de reglas generales a un caso concreto requiere siempre considerar los valores sociales, intereses y objetivos de esas reglas, por una parte, y los intereses de los individuos sujetos a ellas, por otra.⁷⁶ Lo que se presenta normalmente en una disputa administrativa no es más que un conflicto o tensión entre ambos tipos de intereses, el cual debe ser resuelto en favor de uno u otro grupo. Por una parte, la justicia procesal demanda que el adjudicador sea neutral. Por otra, en cambio, la implementación fuerza al decisor a promover y asegurar objetivos sociales y colectivos que van más allá de los intereses y derechos de aquellos inmediatamente afectados. En otras palabras, el decisor no es neutral, sino una parte interesada en obtener un cierto resultado en términos de política pública. Como bien resume Cane, “la implementación tiende a favorecer la promoción de objetivos sociales, mientras que la adjudicación tiende a favorecer la promoción de intereses individuales”.⁷⁷

⁷⁴ Como J.L. Mashaw, *Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims* (New Haven, CT: Yale University Press, 1983), 1, resume en su clásico estudio de la materia, “en una cultura legal ampliamente orientada hacia el *enforcement* de derechos legales individuales en las cortes, ‘administración’ ha parecido siempre tan contraria a ‘derecho’ como ‘burocracia’ lo es a ‘justicia’. El derecho se enfoca en derechos, la administración en políticas públicas” (“[i]n a legal culture largely oriented toward court enforcement of individual legal rights, ‘administration’ has always seemed as antithetical to ‘law’ as ‘bureaucracy’ is to ‘justice’. Law focuses on rights, administration on policy”).

⁷⁵ Cane, *Administrative Tribunals*, 142 (indicando que ambos principios “promueven diferentes valores en el sentido que su racionalidad está dirigida a dar diferentes balances a los intereses sociales e individuales, respectivamente” (“*promote different values in the sense that their rationale is to strike respectively different balances between social and individual interests*”)).

⁷⁶ Esta manera de ver las cosas es lo que en el derecho administrativo chileno se denomina “interpretación finalista”, y es utilizada por los órganos administrativos al momento de aplicar sus marcos regulatorios. Ella supone reconocer que las normas que habilitan a la intervención de la Administración se dan en contextos sociales dinámicos a los cuales las decisiones de ésta se deben adaptar, intentando garantizar los valores públicos que justificaron el establecimiento de sus competencias públicas. Sobre este criterio, Cordero Vega, *Lecciones de derecho*, 17 (ver nota 14).

⁷⁷ Cane, *Administrative Tribunals*, 142.

Lo relevante para nuestra discusión es el efecto que el diseño institucional tiene en la resolución del *trade-off* entre adjudicación e implementación. Si, como hemos visto, el revisor es técnicamente especializado y, por tanto, en principio menos deferente con el decisor primario, su posición es *por diseño* más cercana a la de un implementador que a la de un adjudicador común. A su vez, lo contrario puede decirse de un generalista. De aquí que el problema de cómo evitar la interferencia (esto es, cómo dar con el énfasis adecuado para que la revisión no sustituya por completo el juicio del decisor primario) —otro cuestionamiento clásico del derecho administrativo— se vea incrementado en presencia de especialización técnica. Y es en su resolución donde precisamente entra en juego la segunda variable institucional: el espacio que el mismo ordenamiento le atribuye al revisor para tomar sus decisiones. A esto nos abocamos a continuación.

2.2. Segunda variable: el instrumento y el estándar de revisión

La segunda variable del diseño institucional dice relación con el estándar de revisión. A diferencia de la variable anterior, que decía relación con los incentivos intrínsecos del revisor derivados de sus capacidades personales y su nivel de “igualdad técnica” respecto del decisor primario, esta segunda variable describe el ámbito de posibilidades que el ordenamiento jurídico le entrega a dicho revisor para desplegar sus capacidades.

En uno de sus extremos, el estándar de revisión puede ser amplio, gozando el revisor de una vasta jurisdicción para tomar parte, por ejemplo, en discusiones complejas acerca de cuestiones económicas o técnicas y desafiar incluso las premisas de la acción del decisor primario. En este extremo, lo que hace el revisor, en la práctica, es examinar lo “correcto” o “incorrecto” de la decisión, esto es, si ella fue “bien” o “mal” adoptada. Este estándar permite la revisión de casi la totalidad de las cuestiones de hecho y de derecho. En el derecho anglosajón se le conoce como “revisión de mérito”, y constituye una de las dos opciones de escrutinio judicial consagradas en el derecho inglés y la única existente en el derecho norteamericano.⁷⁸ En el derecho continental, funda-

⁷⁸ En este último, véase §706 de la *Administrative Procedure Act*. Para el caso del derecho inglés, véase nota 70.

mentalmente francés y español, se le vincula (aunque no corresponde en idéntica equivalencia) a lo que se conoce como revisión de “plena jurisdicción”.⁷⁹

En el otro extremo se encuentra lo que en terminología inglesa se denomina “revisión judicial” (en sentido restringido o de revisión de formas). Bajo este estándar, el revisor se preocupa esencialmente de la forma en que la decisión ha sido adoptada; es decir, no de la conclusión del proceso y su corrección, sino de si el correcto procedimiento ha sido seguido o, en otras palabras, de la “integridad” de la decisión. En el derecho inglés, por ejemplo, este tipo de revisión pregunta por la “legalidad”, “irracionalidad” e “impropiedad procedimental” de la actuación administrativa, de las cuales la segunda es la más relevante (y controversial).⁸⁰ La irracionalidad implica evitar la discreción absoluta y desatada; esto es, en nuestro propio lenguaje jurídico, impedir las discriminaciones arbitrarias o la ausencia de motivación suficiente.⁸¹

Con todo, la distinción debe entenderse más como una cuestión de grado que de categorización. Toda revisión es, en alguna medida, una revisión del mérito, especialmente cuando lo que se controla son atribuciones discrecionales del decisor primario, porque es inevitable la revisión de los hechos del expediente administrativo. En este sentido, quizás resulta más adecuado aplicar nuevamente la aludida nomenclatura de “deferencia” *versus* “no-deferencia”, la cual, aunque no hace alusión a un estándar propiamente tal (no existe un “estándar de deferencia”, por ejemplo), enfatiza correctamente esta idea. Lo importante es clarificar en qué lugar, dentro de este *continuum*, se encuentra demarcada la frontera de posibilidades entregadas al juzgador/

⁷⁹ El contencioso de plena jurisdicción tiene por finalidad accionar en contra de un organismo de la Administración para el restablecimiento o compensación de un derecho afectado, de manera que, además de la nulidad del acto administrativo, es posible pronunciarse sobre la compensación económica al afectado, así como obligar a la Administración a adoptar medidas concretas con el objeto de proteger o restablecer una situación jurídica concreta. Se denomina contencioso de plena jurisdicción porque el juez tiene competencias completas de revisión de los hechos y el derecho para juzgar el actuar de la Administración. Ver J. Waline, *Droit Administratif*, 22ª ed. (París: Dalloz, 2008), 588.

⁸⁰ Véase Craig, *Administrative Law* (ver nota 66); J. Arancibia, *Judicial Review of Commercial Regulation* (New York: Oxford University Press, 2011).

⁸¹ Cordero Vega, *Lecciones de derecho*, 424 (ver nota 14).

revisor.⁸² En otras palabras, lo relevante es encontrar cuál es el estándar de revisión aplicable, qué argumentos normativos sirven de base al estándar escogido, y cuál es el test legal utilizado para determinar el cumplimiento con dicho estándar.

El ámbito entregado al revisor para desplegar sus facultades es definido por el propio ordenamiento jurídico. Por ejemplo, en el derecho inglés, el Competition Appeal Tribunal (CAT) —tribunal especializado encargado de la revisión de decisiones primarias adoptadas por agencias en ciertas materias regulatorias y de libre competencia— posee facultades para realizar revisiones de mérito o sólo judiciales (en sentido estricto) de las decisiones, dependiendo del área de que se trate.⁸³ Asimismo, el Tratado de la Unión Europea permite que una regulación confiera “jurisdicción ilimitada” a la Corte Europea de Justicia para revisar la imposición de multas en una determinada materia, lo que, de concretarse, implica no sólo permitirle anular la decisión, sino también incrementar o reducir a su solo criterio el monto impuesto.⁸⁴ En el derecho chileno, como en los demás sistemas basados en el derecho continental, este continuo se expresa en la posibilidad que entregan los diversos recursos judiciales para llevar a efecto la revisión con un mayor o menor ámbito de intrusividad. Así, el recurso de apelación —el recurso jerárquico por

⁸² El debate respecto de la frontera en materia del estándar de revisión judicial es de larga data en el derecho comparado. Entre otros, véase Breyer et al., en nota 69; Sir J.L. Jowell, A.P. Le Sueur, S.A. de Smith, Lord H. Woolf & T. Tridimas, *De Smith, Woolf and Jowell's Principles of Judicial Review* (London: Sweet & Maxwell, 1999); J. Landis, *The Administrative Process* (New Haven, CT: Yale University Press, 1938). En Chile, véase L. Cordero Vega, “Entre la deferencia y los estándares de control judicial”, *Revista de Derecho Público* 68 (2005).

⁸³ El CAT fue creado con estas funciones por la *Enterprise Act 2002*. El ámbito de sus competencias está dado, además de esta ley, por normativas sectoriales en materia de energía y telecomunicaciones.

⁸⁴ El artículo 261 TFEU indica que “las regulaciones adoptadas de manera conjunta por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo, en base a lo dispuesto en los Tratados, podrán conferir a la Corte de Justicia de la Unión Europea jurisdicción ilimitada en relación a las multas contempladas en tales regulaciones” (“*Regulations adopted jointly by the European Parliament and the Council, and by the Council, pursuant to the provisions of the Treaties, may give the Court of Justice of the European Union unlimited jurisdiction with regard to the penalties provided for in such regulations*”). La jurisdicción ilimitada es, en otras palabras, no sólo un control de legalidad de la sanción pecuniaria, sino también un control de su mérito, por lo que está permitido a la Corte substituir la decisión de la Comisión por la suya propia. Un área donde se ha conferido esta jurisdicción es en materia de competencia (véase artículo 31 de la Regulación No. 1/2003).

excelencia— “supone que el Tribunal que conoce de él puede revisar los hechos y el derecho de acuerdo con las peticiones concretas formuladas por las partes al interponerlo, con muy pocas limitaciones”.⁸⁵ Por el contrario, como es sabido, en los recursos de casación (de forma y fondo) y de nulidad está vedado modificar los hechos.⁸⁶

2.3. La vinculación de las variables y sus consecuencias

Como hemos adelantado, en nuestra opinión la clave del diseño institucional en materia de escrutinio judicial radica en que el estándar de revisión debiera ser diseñado “a la medida” de la naturaleza del órgano revisor, dados los incentivos que genera dicha naturaleza. De este modo, si el revisor es generalista y, por tanto, tiene un incentivo a ser deferente con la Administración cuando se trate de revisar ciertos temas, en principio el estándar de revisión no debiera permitirle ir más allá de las cuestiones de derecho, como una forma de restringir la “tentación” de desviarse de dicha deferencia. En caso contrario, el resultado podría resultar dañino para los objetivos que el sistema regulatorio persigue y, particularmente, para efectos de mantener una adecuada consistencia regulatoria.⁸⁷

La situación es exactamente la contraria en el caso de un órgano revisor especializado de carácter técnico en un área determinada. Éste

⁸⁵ M. Mosquera & C. Maturana, *Los recursos procesales*, 2ª ed. (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2012), 127. La causal genérica que fundamenta la interposición de este recurso es el “agravio”, el cual se produce “con motivo de no haber obtenido la parte que impugnaba todo lo que pretendía dentro del proceso” (ibídem, 138).

⁸⁶ En este sentido, el artículo 21° B del Decreto N° 2.421, que fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, indica expresamente: “La Contraloría General, con motivo del control de legalidad o de las auditorías, no podrá evaluar los aspectos de mérito o de conveniencia de las decisiones políticas o administrativas”.

⁸⁷ Nótese que la consistencia regulatoria puede incluso ser ideológica. La actuación de las agencias suelen exhibir consistencia con las ideas del gobierno de turno en una determinada materia: más conservadoras en el caso de gobiernos de derecha, y más liberales en el caso de gobiernos de izquierda (en este sentido, Stephenson, “Statutory”, 293). Esto es especialmente plausible en el caso chileno, donde las agencias sectoriales carecen de independencia (salvo el caso de la agencia de competencia) y están por tanto sujetas a un control centralizado por parte del poder ejecutivo. Si el argumento es cierto, constituye una razón por la cual un revisor generalista no debiera ir en contra de las políticas públicas democráticamente fundamentadas.

tiene escasos incentivos a ser deferente con la Administración, pues —como hemos visto— su propio conocimiento (ya sea acumulado en el tiempo o adquirido por conocimientos en una determinada ciencia o arte) le permite examinar, con confianza y proveyendo fundamentos adecuados, no sólo el derecho, sino también cuestiones de hecho y de política. El estándar, en este caso, debiera ser compatible con dichas capacidades. Si es restringido, en cambio, no parece que hubiera existido razón alguna para crear un organismo de tal naturaleza en primer lugar, pues se perderían los beneficios de la especialización técnica.

Para mostrar esto, es necesario revisar con algo más de profundidad, primero, cómo las decisiones y preferencias del revisor afectan en concreto al decisor primario y, luego, cuál es la relación sistémica entre ambos que surge como consecuencia de su interacción.

2.3.1. Las variables institucionales y el comportamiento del decisor: ¿Cómo afecta la especialización el resultado de la regulación?

La revisión *ex post* que realiza otro organismo ejerce una poderosa influencia en las decisiones *ex ante* adoptadas por el decisor primario. Para que esto ocurra, no es ni siquiera necesario que el revisor falle en contra del decisor primario de manera muy frecuente.⁸⁸ La razón es sencilla. Es posible presumir que, dependiendo de las específicas características institucionales del revisor, el decisor primario en ciertos casos puede anticipar —en buena medida— los posibles resultados de la revisión.⁸⁹ Si es racional, el resultado que produzca estará motivado por el deseo de evitar reveses, con el doble objetivo último de, primero, evitar que el organismo revisor dicte una regla que pueda implicarle un ámbito más restrictivo de actuación y, segundo, evitar incurrir en los costos de arribar a una nueva interpretación aceptable para el revisor. Asimismo, asociado a un revés, existe un componente de “vergüenza” institucional y de señalización de que un mayor grado de monitoreo de las actividades del decisor es necesario, cuestiones que éste deseará por cierto evitar.

⁸⁸ B. Canes-Wrone, “Bureaucratic Discretion and the Composition of Lower Courts”, *American Journal of Political Sciences* 47, n.º 2 (2003): 205-14.

⁸⁹ En contra, C. Graham, *Regulating Public Utilities: A Constitutional Approach* (Oxford: Hart Publishing, 2000), 75 (indicando que “es difícil predecir el resultado de un caso de revisión judicial”).

Para apreciar mejor esta idea es necesario analizar cómo el decisor primario adopta sus decisiones y cuál es el contenido de ellas. Ante todo, el ámbito en el cual el decisor primario puede desplegar sus poderes está tradicionalmente asociado a límites internos y externos. El límite interno determinado por la sujeción al principio de juridicidad.⁹⁰ El límite externo, en tanto, está vinculado al principio del control. Implica que, durante el proceso de escrutinio, al ejercer diversos niveles de intervención sobre el ejercicio de las facultades legales y el espacio de discreción del órgano decisor, el revisor delimita el ámbito de actuación de este último. De aquí que los tribunales tengan una influencia crítica en cómo actúan los organismos regulatorios decisores. La cuestión central deviene en establecer cuándo, cómo y en qué medida el organismo revisor aceptará la decisión del organismo primario cuando esta última es distinta de la que aquél hubiese aplicado en el caso concreto.⁹¹

Supongamos que el decisor enfrenta opciones discretas (digamos, X_1 o X_2) y debe decidir entre ellas. Asumamos además que X_1 maximiza un determinado objetivo (por ejemplo, la eficiencia económica o el medio ambiente libre de contaminación) y X_2 , otro cualquiera diferente del anterior.⁹² Ambas opciones representan el ámbito del derecho. Den-

⁹⁰ Conocido tradicionalmente como “principio de legalidad”. Sobre este principio, véase: I. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes* (Barcelona: Ariel, 1995), 157-58; A. Muñoz Machado, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, T.I. (Madrid: Civitas, 2004), 394; O. Oelckers Camus, “El contenido y alcance del principio de legalidad de las actuaciones de la administración del Estado”, en *La administración del Estado de Chile. Decenio 1990 – 2000*, coordinado por R. Pantoja (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 2000), 455.

⁹¹ Stephenson, “Statutory”, 306.

⁹² Para estos efectos asumiremos que el decisor actúa respetando los límites exógenos establecidos por la legislación. El caso indicado en el texto principal dice relación con la multiplicidad de objetivos establecidos en la ley. El derecho de la competencia provee un buen ejemplo: no es extraño que la historia legislativa, la propia ley o el desarrollo jurisprudencial haga referencia, directa o indirecta, a objetivos muy diversos, tales como que la ley incrementará la eficiencia económica, reducirá costos, aumentará la productividad, aumentará las oportunidades para pequeños y medianos empresarios, incrementará el bienestar de grupos históricamente menos aventajados o incluso promoverá el desarrollo de un ambiente político-económico más igualitario (en este sentido, Kovacic, “Institutional Design”, 2167). Un ejemplo lo provee el artículo 2º de la Ley de Competencia Sudafricana (actualmente, Competition Act 89 of 1998, as amended), que enumera objetivos potencialmente disímiles, como la protección de la eficiencia y la protección de la pequeña y mediana empresa.

tro de él, el contenido de ambas opciones puede variar, tanto en los hechos como en la política. Esto es, cada decisión X_1 y X_2 , independiente del objetivo que maximiza, contiene una subdecisión dentro del espacio factual más una dirección que el decisor desea seguir para alcanzar el objetivo.⁹³ En términos generales, el decisor tiene una libertad relativamente amplia para decidir tanto por una u otra opción como por el contenido de cada una de ellas. Esto por cuanto existen diversas fuentes en las cuales basar la decisión de derecho (diversos precedentes, diversos principios cuando estos no son explicitados en la legislación, etcétera), diversas formas en las cuales la norma ha sido redactada (usando imperativos o dejando opciones abiertas) o distintas formas de categorizar el objetivo (como primario o secundario, dando especificaciones para llegar a él, etcétera). Todos estos aspectos afectan la decisión que el regulador hará respecto de la decisión de derecho (X_1 o X_2) y la o las subdecisiones secundarias.

Veamos esto para el caso de un revisor especializado y uno generalista, comenzando por este último. Dado que un revisor no especializado tendrá un incentivo a examinar sólo una parte de la decisión primaria (nuevamente: que el derecho cumpla con el objetivo que debe ser buscado de acuerdo al marco regulatorio), el resultado de la revisión aparece como relativamente claro: o el revisor confirmará la decisión si la opción maximiza el objetivo, o la revertirá si no lo hace. El decisor primario, anticipando este resultado, seguirá ciertas reglas (normalmente procedimentales) y utilizará algunos mecanismos (como guías u otros) para disminuir la probabilidad de que su decisión sea revertida. De aquí que el mayor peligro de la aproximación deferencial es que puede llevar a un excesivo énfasis en aspectos formales de procedimiento. Por cierto, si esto es considerado por sí mismo podría no ser un peligro e incluso ser una ventaja del sistema. Sin embargo, la preferencia por el procedimiento puede bien ser llevada a cabo a expensas de los aspectos sustantivos (especialmente si ambos son substitutos).⁹⁴ La deferencia

⁹³ Cada una de las cuales colabora individualmente al proceso de maximización.

⁹⁴ Véase M.C. Stephenson, "The Strategic Substitution Effect: Textual Plausibility, Procedural Formality, and Judicial Review of Agency Statutory Interpretations", *Harvard Law Review* 120 (2006): 528. En página 530, nota 2, dice: "... incrementar la formalidad procedimental hace decrecer el beneficio marginal de la corte de imponer un estándar más exigente de revisión sustantiva, mientras que una

excesiva bien puede invitar al regulador a no proveer de razones para sus decisiones, sino simplemente a *indicarlas* para prevenir recursos en su contra. Asumiendo que tampoco existe un deber fuerte de justificación o que éste no suele ser exigible (como ocurre, por ejemplo, en el caso chileno), no existe un incentivo a explicar la decisión de manera detallada ni a proveer de criterios claros. La deferencia implica, para el regulador, que mientras más robusto sea su procedimiento para llegar a la decisión, más segura será su posición frente el órgano revisor, sin considerar los aspectos sustantivos.⁹⁵

Por el contrario, el resultado no es claro cuando el revisor es especializado técnico. Como este último no sólo analizará la decisión de derecho, sino también las subdecisiones, el decisor primario no puede anticipar si aquél estará de acuerdo con el hecho que, siguiendo ciertos “pasos” el objetivo será maximizado. El motivo está en la naturaleza de la revisión. Mientras el examen del derecho (de una regla o principio regulatorio) es relativamente simple desde una perspectiva *ex ante*, el examen de los hechos y las políticas implica un espacio de discreción mucho mayor. Por tanto, un revisor especializado puede llegar a la conclusión de que los hechos, el derecho o la política, dos de ellos, o todos, no permiten maximizar el objetivo buscado. El peligro central de la especialización técnica, entonces, radica en la posibilidad de que la Ad-

decisión de la agencia de disminuir su nivel de formalidad procedimental incrementa el beneficio marginal de la corte de imponer un estándar sustantivo más exigente” (“...*increasing agency procedural formality decreases the marginal benefit to the court of a more stringent standard of substantive review, while an agency’s decision to decrease its level of procedural formality increases the marginal benefit to the court of a more stringent substantive standard*”). De modo similar se expresan R. Baldwin & C. McCrudden, *Regulation and Public Law* (London: Weidenfeld and Nicolson, 1987), 60-63, donde indican potenciales consecuencias adversas de la revisión judicial. Una respuesta a esto en el derecho europeo es lo que se conoce como *curative principle* o el “derecho a una jurisdicción completa” consagrado en el artículo 6(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos. De acuerdo a éste, cuando un organismo decisor no cumple con las características listadas en dicho artículo (fundamentalmente, independencia e imparcialidad), debe existir el derecho a que la disputa en cuestión sea llevada ante un tribunal con “jurisdicción completa”, de modo que el defecto en el decisor primario quede “curado”. Un tratamiento de este tema en Arancibia, *Judicial Review*, 118 y ss. En el derecho chileno, el Tribunal Constitucional ha fallado sobre bases similares en STC rol 2529-13, de 02 de enero de 2015.

⁹⁵ A su vez, el énfasis en procedimiento bien puede llevar a ineficientes demoras.

ministración se transforme en un mero “compilador de hechos”; en una instancia formal que sólo es considerada —en el extremo— como un paso previo necesario para arribar al revisor, que pasa a ser el verdadero decisor de la cuestión sometida a su conocimiento.

Todo lo anterior ha sido resumido por un autor de un modo bastante preciso: para los reguladores, esto refleja “una cruda ecuación: revisión de expertos por generalistas — amplio margen de apreciación; revisión de expertos por otros expertos (potencialmente incluso ‘expertos más expertos’) — estrecho margen”.⁹⁶

2.3.2. Consecuencias sistémicas

La relación entre decisor primario y revisor (o, en otras palabras, la vinculación entre variables institucionales) en las diversas jurisdicciones, da lugar a divergentes concepciones sistémicas. Considérese, por ejemplo, Estados Unidos y el Reino Unido. Mientras en el primero la relación es cercana al “antagonismo”, en el sentido de la existencia de una cierta tensión entre el revisor y el decisor, en el segundo la relación es “armónica”, en el sentido que es expresión de una división relativamente clara de los roles entre uno y otro.⁹⁷ Ciertamente, esta cuestión depende de las condiciones institucionales locales, pero también es una manifestación de un debate más profundo del sistema institucional considerado como un todo.

En efecto, la discusión anterior está en el corazón de una más general acerca de la relación constitucional entre los poderes del Estado, la cual implica supuestos fundamentales acerca del rol (en sentido amplio) que debe cumplir la judicatura en el proceso regulatorio (algo que podríamos llamar el “viejo dilema” imperante desde la introducción del sistema liberal). Dado que un estándar de revisión amplio implica una mayor reducción de la autonomía de la Administración, esto podría llegar a contrariar la mencionada visión de que corresponde a la Ad-

⁹⁶ T. de la Mare, “Regulatory Judicial Review: The Impact of Competition Law” (paper presentado en la conferencia ALBA 2007), disponible en: <http://www.adminlaw.org.uk/docs/Thomas%20de%20la%20Mare%20-%20June%202007.pdf> (último acceso: 29 abril 2014).

⁹⁷ D. Mantzari, *Appeals from Utilities Regulators in the US and the UK: What Are the Limits of Judicial Review of Economic Evidence?*, tesis doctoral (2014), University College London, 166 y ss.

ministración, no al juez, efectuar el balance entre derechos privados y necesidades públicas.⁹⁸ Desde esta perspectiva, cualquier movimiento tendiente a un mayor activismo judicial⁹⁹ o, en términos menos fuertes, un enfoque relativamente más intrusivo por parte de las cortes generalistas, siempre representará una concepción algo diferente de la separación de poderes y, en cuanto tal, debe estar fundada en sólidas razones aceptadas por la constitución. Aceptar mayores espacios de discrecionalidad administrativa implica, por cierto, que el propio diseño institucional provee de soluciones adecuadas y suficientes para los problemas públicos, de modo que la actuación judicial (sustantiva) no puede ser plenamente justificada en el principio de inexcusabilidad. Dado que éste es un supuesto fuerte y controvertido, incentiva a una menor deferencia cuando el ordenamiento jurídico da las posibilidades para ello.

Por el contrario, un estándar restrictivo, que restrinja al juez, puede llegar a ser inconsistente con la visión que las propias cortes tienen de su rol dentro del orden fundamental. La visión del juez como controlador por esencia de los actos de la Administración (o de una Administración limitada) y protector por esencia de las garantías individuales implica dotarlo, independiente de sus capacidades intrínsecas, de un mayor espacio de determinación y establecimiento de estándares en cuestiones de derecho y política.¹⁰⁰ Estas cuestiones exceden los límites autoimpuestos en este trabajo, pero deben tenerse en consideración, por cierto, al diseñar cada una de las partes del sistema.

⁹⁸ Véase sección 2.1.1.

⁹⁹ En el derecho chileno, J.F. García y S. Verdugo han argumentado que estaríamos en presencia de activismo judicial. Ver su *Activismo judicial en Chile ¿Hacia el gobierno de los jueces?* (Santiago: Ediciones L&D, 2013).

¹⁰⁰ El caso chileno es interesante. Al carecer de un sistema regular de impugnaciones contenciosas administrativas, se ha hecho uso del recurso de protección (una acción cautelar de derechos fundamentales indubitados) como un medio regular para resolver problemas sobre la nulidad de actos administrativos. Al utilizar esta acción, el sistema institucional chileno “fundamentalizó” todos los conflictos entre el Estado y los particulares (atendido que se trataba de una cuestión de procesabilidad necesaria) y, en consecuencia, los jueces utilizaron herramientas propias de la tutela de derechos fundamentales para dar soluciones de nulidad de actos. La consecuencia de esto es que la revisión judicial por este medio se ha prestado para soluciones de equidad, con todas las consecuencias que ello implica para un sistema de revisión de agencias especializadas. Véase, en este sentido, Cordero Vega, *Lecciones de derecho*, 423 (ver nota 14); y J.C. Ferrada, “El recurso de protección como mecanismo de control”, en *La justicia administrativa* (Santiago: Lexis Nexis, 2005).

3. ILUSTRANDO LA TEORÍA: EL MODELO INSTITUCIONAL CHILENO EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA Y MEDIO AMBIENTE

Todo el marco teórico expuesto en la parte 2 puede ser ilustrado con dos ejemplos provenientes de la legislación chilena: la libre competencia y la protección del medio ambiente. Desde un punto de vista institucional, ambos presentan tanto similitudes como diferencias importantes. Entre las primeras destacan tres. Primero, ambas áreas se caracterizan por estar basadas en la especialización desde una perspectiva jurisdiccional, es decir, en la experticia o experiencia dedicadas a un ámbito del saber específico.¹⁰¹ Segundo, la especialización en estas áreas coincide, además, con el elemento subjetivo de la definición que utilizamos en este trabajo. Ambos sistemas están fundados en un esquema dual, basado entre un organismo administrativo y tribunales técnicos: la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), en materia de competencia, y la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) y tres Tribunales Medio Ambientales (TMA), en materia medio ambiental. Mientras el TDLC está compuesto por dos economistas y tres abogados con experticia en materias de competencia,¹⁰² los TMA están cada uno integrados por dos abogados y un licenciado en ciencias con especialización en materias medioambientales.¹⁰³ Tercero, en ambos sectores el ámbito de competencia de los organismos abarca todos los mercados. En esto se diferencian de otros organismos administrativos regulatorios chilenos, como la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel), la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) o la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), que tienen a su cargo primordialmente la fiscalización y cierta regulación de sectores específicos.¹⁰⁴

¹⁰¹ Véase sección 2.1.1. En ambas áreas la tendencia a la especialización es mundial. En medio ambiente, véase B.J. Preston, “Characteristics of Successful Environmental Courts and Tribunals”, *Journal of Environmental Law* 26, n.º 3 (2014): 365-393; en libre competencia, I. Lianos, *La transformation du droit de la concurrence par le recours à l’analyse économique* (Bruselas: Bruylant; Atenas: Ant. N. Sakkoulas, 2007).

¹⁰² D.L. N.º 211, artículo 6.

¹⁰³ Ley N.º 20.600, artículo 2.

¹⁰⁴ Además de las similitudes mencionadas en el texto central, tanto la FNE como la SMA tienen asignado un rol de promotor de sus respectivas materias.

Aunque estas similitudes (en particular su carácter especializado) son las que suelen destacarse en las descripciones generales de ambos sistemas, son las diferencias las que resultan más relevantes para nuestros propósitos. Éstas se resumen en que mientras el sistema medioambiental descansa en un modelo inquisitivo, en el cual la decisión de fiscalizar y sancionar es de la agencia —la SMA—, dejando la intervención judicial de los TMA para la revisión, el de libre competencia lo hace en uno “acusatorio” o de promoción de parte, quedando la potestad de sancionar subordinada a la decisión del tribunal especializado —el TDLC— al cual la agencia —la FNE— presenta su caso (bajo la ficción legal de que esta última actúa como “una parte más” dentro del proceso). Considerando estas cuestiones, en lo que sigue esta sección, primero, analiza brevemente las razones que explican tanto la introducción de especialización en la legislación chilena como la forma en que ella ha sido incorporada en estas áreas (3.1); y, segundo, centra la discusión en la revisión judicial realizada por la Corte Suprema en ambos sistemas (3.2).

3.1. El diseño institucional, la introducción de especialización y la toma de decisiones en materia medioambiental y de libre competencia

3.1.1. Orígenes

La introducción de especialización en ambos sistemas, de libre competencia y medioambiental, está marcada por un aspecto subyacente de orden más general: la realidad histórica que llevó a la formación del Estado administrativo chileno actual. Como ha sido destacado por varios comentaristas, su característica central es la ausencia de un sistema de justicia administrativa destinado específicamente a resolver conflictos entre la Administración y particulares, aplicable de modo general a los distintos sistemas públicos de derecho.¹⁰⁵ Localmente, la introducción de justicia especializada técnica se vincula, en cierta medida, con la ausencia de tal sistema¹⁰⁶ y la desconfianza en la Administración instalada luego de los excesos cometidos por ésta en el pasado. Esta situación propició las condiciones para el crecimiento de un

¹⁰⁵ Véase Ferrada, “Justicia administrativa” (ver nota 3).

¹⁰⁶ Ídem.

sistema desintegrado e inorgánico, con competencias parceladas; el que en cierta medida resulta inadecuado para hacer frente al mayor ámbito de acción de la Administración que, como hemos indicado, se ha venido desarrollando desde principios del siglo XX.

A consecuencia de lo anterior, las escasas menciones al diseño institucional en el derecho chileno han estado centradas casi exclusivamente, por una parte, en los aspectos orgánicos (en particular, en la idea de justicia procesal —*procedural fairness*—¹⁰⁷ y fundamentalmente la independencia del decisor primario); y, por otra, en la separación vertical de competencias, esto es, la cuestión procesal respecto de quién toma las decisiones políticas y regulatorias. Como veremos, mientras el primer aspecto fue fundamental en la creación del actual régimen de libre competencia, la discusión sobre si el óptimo está dado por el establecimiento de un sistema unificado de toma de decisiones (el sistema administrativo clásico) o por uno donde los poderes y facultades de investigación y persecución estén separados de la decisión¹⁰⁸ fue fundamental al crear el sistema ambiental. En ambos casos, la especialización fue introducida sólo de manera secundaria, a pesar de que, según hemos sostenido, ella debiera ser la variable crucial al diseñar un sistema, por cuanto es la única que tiene un real impacto significativo en los incentivos y decisiones del revisor.¹⁰⁹

En efecto, en el sistema chileno de defensa de la libre competencia, al momento de crearse el TDLC el modelo orgánico de toma de decisiones primarias existente ya se basaba en un sistema dual. Mientras la FNE poseía roles similares a los actuales (básicamente, investigación y persecución de conductas anticompetitivas), la decisión primaria de un caso estaba entregada a las llamadas “comisiones”, las cuales tenían además otras variadas competencias decisorias y regulatorias dentro del área. Desde el punto de vista del diseño institucional, este modelo era orgánicamente “informal”: las comisiones (particularmente la Comisión

¹⁰⁷ Sobre este concepto, véase nota 24 y el texto principal al cual acompaña.

¹⁰⁸ Sobre la separación, véase A. Galetovic & R. Sanhueza, “Regulación de servicios públicos: ¿Hacia dónde debemos ir?”, *Estudios Públicos* 85 (2002): 101-137. Como es sabido, los sistemas administrativos clásicos siguen el primer modelo, que es lo que en el derecho chileno se ha venido a consagrar como “superintendencias” sectoriales. Sobre cómo avanzar hacia otro modelo de agencias independientes, véase Cordero & García, “Elementos para la discusión” (ver nota 45).

¹⁰⁹ Ver sección 2.1.

Resolutiva, la principal de ellas) no sólo carecían de integrantes permanentes y expertos en libre competencia, sino que compartían recursos humanos con la FNE y dependían, en gran medida, de los insumos que ésta les entregara. En este contexto, los cuestionamientos tanto a la independencia de las comisiones como a la escasa profundidad de sus decisiones eran evidentes y fueron paulatinamente crecientes. De aquí que en el actual modelo, introducido en el año 2003, la decisión primaria y la eventual imposición de sanciones pasara a manos de un “tribunal” (el TDLC), con el fin último de dotar al sistema principalmente de un mayor nivel de justicia procesal. La independencia constituyó el *leitmotiv* de la reforma.¹¹⁰ En este contexto, la incorporación de *expertise* económico dentro del proceso fue —como hemos indicado— secundaria, y debe necesariamente ser entendida en ese marco. Lo esperado era que tal *expertise* contribuyera a simplificar y “abaratar” la acción de la FNE, promoviendo así un uso más eficiente de los recursos, y llevase a decisiones basadas en reglas económicas más simples y directas, mediante el uso de presunciones u otros criterios objetivos de decisión.¹¹¹

La situación no fue muy distinta en materia medioambiental. A diferencia de la libre competencia, la protección del medioambiente siempre estuvo encargada a un solo organismo, llamado Comisión Nacional del Medio Ambiente o Conama. Se trataba de un servicio descentralizado, cuya máxima autoridad era un consejo directivo integrado por 13 ministros de Estado. Esta estructura reconocía el carácter

¹¹⁰ Antecedentes legislativos y anecdóticos relativos a la reforma que culminó en la creación del TDLC en el año 2003 confirman este punto. Por ejemplo, en el mensaje con que fue enviado el proyecto al Congreso se indica expresamente que las antiguas comisiones “no cumplen requisitos básicos de *independencia*, especialidad, dedicación y dotación de recursos” (el destacado es nuestro). La independencia buscada se refería tanto respecto de la FNE (organismo que, a su vez, carecía de independencia en esos tiempos) como respecto del poder ejecutivo. Véase *Historia de la Ley N° 19.911. Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* (<http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/2472/1/HL19911.pdf>), 5 y 7. En otros lugares de la historia legislativa se resalta asimismo la imparcialidad. Además, conversaciones informales con diversos actores participantes del proceso nos han ratificado que el foco central de la modificación estuvo en aumentar la independencia.

¹¹¹ Para una crítica indicando que este objetivo no se cumplió durante los primeros diez años del TDLC, véase J. Tapia, “‘Dime de qué presumes y te diré de qué careces’: el tratamiento jurisprudencial de los abusos de dominancia en Chile”, *Revista de Derecho de la Competencia CEDEC XIV* 10, n.º 10 (2014).

interdisciplinario del tema y confería, en teoría, un rol activo a cada ministerio en la formulación de las políticas ambientales. Sin embargo, se trataba fundamentalmente de un organismo coordinador, cuya estructura orgánica no permitía dar al desarrollo de una política ambiental la preponderancia adecuada dentro del aparato estatal. De aquí que el propósito central de la reforma que creó la actual institucionalidad buscara primordialmente desintegrar verticalmente las competencias, separando la creación e implementación de políticas sectoriales (en manos del Ministerio de Medio Ambiente) de la gestión (a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental) y de la triple función de investigación, persecución y decisión/sanción (encargada a la Superintendencia del Medio Ambiente, SMA).¹¹²

En este último caso, el proyecto original pretendía la creación de un régimen administrativo tradicional, de acuerdo al cual la SMA sería un organismo motivado por el diseño e implementación de políticas sectoriales, y que tendría además la facultad de determinar infracciones a la ley sustantiva sectorial e imponer multas a los agentes que las cometieran. En su concepción original, la decisión primaria, adoptada por la SMA (una agencia con competencias inquisitivas), el Servicio de Evaluación Ambiental (una agencia a cargo de un procedimiento administrativo autorizador) o el Ministerio del Medio Ambiente (a cargo de la regulación normativa técnica), sería luego revisada judicialmente por una corte de tipo generalista.¹¹³ Sin embargo, al igual que en materia de libre competencia, la especialización fue introducida sólo de manera secundaria al sistema.¹¹⁴ En efecto, la positiva experiencia percibida por

¹¹² Un análisis del modelo en D. Hervé, M. Guiloff & R. Pérez, eds., *Reforma a la institucionalidad ambiental: antecedentes y fundamentos* (Santiago: Ediciones UDP, 2010).

¹¹³ Así lo indicaba el artículo 55 del proyecto original, que establecía una “reclamación” ante la Corte de Apelaciones. El artículo 56, por su parte, contemplaba la posibilidad de apelar ante la Corte Suprema. Véase *Historia de la Ley N° 20.417. Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente* (<http://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegal/es/10221.3/3929/6/HL20417.pdf>), 52.

¹¹⁴ Siguiendo lo que la doctrina denomina “isomorfismo institucional”; esto es, el proceso por el cual una unidad de un conjunto comienza a parecerse a otras que enfrentan condiciones similares. Véase P.J. DiMaggio & W. Powell, “‘The Iron Cage Revisited’: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields”, *American Sociological Review* 48 (1983): 147-60.

el sector privado y el gobierno respecto de las actuaciones del TDLC llevó a modificar el proyecto original y establecer en esta área tribunales de revisión de naturaleza especializada técnica.¹¹⁵ De este modo, fue reservada a los TMA una labor de revisión de la legalidad de las decisiones administrativas primarias, es decir, fue establecido un contencioso de nulidad de los actos administrativos ambientales,¹¹⁶ pero sujeto a una revisión de jueces especializados en donde lo que se busca es controlar esencialmente la discrecionalidad de la decisión de la autoridad.

De la descripción anterior se sigue que estamos en presencia de dos diseños muy diversos de distribución de poderes entre organismos esta-

¹¹⁵ La idea de crear tribunales especializados aparece oficialmente por primera vez en la historia legislativa en la intervención del representante de un gremio privado (*Historia de la Ley 20.417*, 132 (ver nota 113)), luego de lo cual es reiterada por varios parlamentarios y otros actores en distintas instancias. De este debate se da cuenta en la historia de la ley que luego crearía estos tribunales: véase *Historia de la Ley N° 20.600*, 6. Durante la tramitación legislativa, esto se materializó en un protocolo de acuerdo que estableció, en su punto n.º 2, “el compromiso de contar con un Tribunal Ambiental [...] que se estructurará sobre la base de los siguientes ejes: (a) El reconocimiento de un organismo jurisdiccional especializado; (b) Integración mixta del tribunal. El tribunal estará compuesto por cinco miembros, de los cuales tres serán abogados y dos profesionales provenientes del área de las ciencias o la economía; (c) Las competencias de este nuevo órgano jurisdiccional serán relativas al contencioso administrativo ambiental, de modo que todas las competencias que en la actualidad entrega la Ley N.º 19.300 a los tribunales ordinarios pasarán a este tribunal, así como la potestad de revisión de los actos administrativos de la Superintendencia de Medio Ambiente; (d) Tendrá, además, competencias de control previo en el caso de algunas medidas provisionales que pueda decretar la Superintendencia de Medio Ambiente, de revisión plena y obligatoria (consulta) respecto de las sanciones más graves que pueda aplicar la referida Superintendencia, y de competencia plena en el caso del daño ambiental; (e) El tribunal tendrá amplias atribuciones para evaluar la legalidad, proporcionalidad, razonabilidad y contenido técnico de las decisiones objeto de su competencia”.

¹¹⁶ El artículo 17 n.º 8 inciso segundo de la Ley N.º 20.600, que crea los Tribunales Ambientales, define el “acto administrativo de carácter ambiental” como “toda decisión formal que emita cualquiera de los organismos de la Administración del Estado mencionados en el inciso segundo del artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tenga competencia ambiental y que corresponda a un instrumento de gestión ambiental o se encuentre directamente asociado con uno de estos”. A su vez, la Ley N.º 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, establece como “instrumentos de gestión ambiental”, fundamentalmente, las normas de calidad y emisión, la declaración de zonas saturadas o latentes, los planes de prevención o descontaminación y las resoluciones de calificación ambiental.

tales. Institucionalmente, el medioambiental no es más que un modelo tradicional de derecho administrativo (esto es, un simple contencioso de nulidad en base a organismos con competencias inquisitivas), salvo por el importante hecho que los TMA resultaron finalmente establecidos como órganos especializados de contenido técnico.¹¹⁷ El modelo de libre competencia, en cambio, responde a una forma de poder distribuido relativamente inusual en el mundo¹¹⁸ y única en Latinoamérica¹¹⁹, bajo el cual la decisión es configurada como supuestamente jurisdiccional, adoptada por un organismo judicial especializado. En ambos casos, si bien consecuentemente, la especialización ha sido elevada a característica central dentro del respectivo sistema institucional.

3.1.2. El impacto del diseño en la decisión primaria

La especialización se aviene bien con el hecho que, tanto en materia de libre competencia como de protección medioambiental, existe un amplio espacio para la interpretación discrecional, ya sea por parte de los respectivos decisores primarios (la SMA y el TDLC) o de los revisores (los TMA y la Corte Suprema). Entre las razones centrales está el hecho de que la descripción legal de los actos administrativos ambientales y la de las conductas relacionadas con la libre competencia se caracterizan por ser limitadamente regladas y abundantes en conceptos jurídicos indeterminados. En materia medioambiental, esto se debe al carácter extremadamente fragmentado de la regulación, compuesta por un elevado número de disposiciones legales y basada en una definición de

¹¹⁷ En esto, el modelo chileno tiene dos grandes influencias. Por una parte, la Ley de Procedimiento Administrativo de los Estados Unidos, en lo que se refiere a los estándares de revisión: ver Administrative Procedure Act, APA, 1946, 5 U.S. Code §706, *scope of review*. Por otra parte, la Ley de lo Contencioso Administrativo española, en lo relativo a los límites de los poderes de sustitución del juez contencioso administrativo: ver Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, artículo 71.

¹¹⁸ Tapia & Montt, “Judicial” (ver nota 23).

¹¹⁹ Desde el año 2011, Brasil cuenta con una institución unificada que incluye tribunales administrativos *dentro* de la agencia. En el resto de los países latinoamericanos prima un modelo administrativo tradicional, con una agencia que es parte del poder ejecutivo y que puede imponer sanciones, cuyas decisiones son luego revisadas judicialmente. Éste es el sistema imperante, además, en la Unión Europea y en la mayoría de sus Estados miembros.

acto administrativo con contornos imprecisos, vinculada además a una multiplicidad de “instrumentos de gestión ambiental”.¹²⁰ Por su parte, la normativa de libre competencia, si bien es unificada y no fragmentada —al menos en lo que se refiere al *derecho* como algo distinto de las *políticas* de libre competencia—¹²¹, en el sentido de que la descripción de las conductas en la legislación se encuentra principalmente contenida en una disposición legal dentro de un solo cuerpo normativo, dicha descripción es efectuada de forma abierta, sin objetivos claramente definidos y sobre la base de estándares amplios, no reglas específicas.¹²² De este modo, en ambas áreas es posible desplegar un alto grado de discrecionalidad técnica, la cual, a su vez, incentiva la especialización.

Sin embargo, no obstante estos aspectos comunes, el diseño institucional produce una diferencia sustancial en el rol de los TMA *vis-a-vis* el TDLC en lo que respecta al criterio para resolver un determinado caso. Utilizando una reconocida terminología, los TMA son primariamente organismos revisores “adjudicadores”, en el sentido de que su *raison d’être* es la protección de los intereses individuales de quienes resultan sujetos pasivos de las normas ambientales; o, en palabras de la ley, su “función es resolver las controversias medioambientales de su competencia”.¹²³ El TDLC, en cambio, no es ni un organismo revisor ni adjudicador, sino que su rol fundamental es “implementar” la normativa de competencia; esto es, resolver con un sesgo hacia la promoción de

¹²⁰ Véase nota 116.

¹²¹ Ésta no es, por cierto, una característica única en Chile: en todas las demás jurisdicciones que poseen ordenamientos jurídicos protectores de la competencia, el contenido sustancial del derecho es esencialmente casuístico. Y ese contenido sustancial ha alcanzado grandes niveles de consenso mundial en muchos aspectos. Véase, por ejemplo, E. Elhauge & D. Geradin, *Global Antitrust Law and Economics*, 2ª ed. (New York: Foundation Press, 2011).

¹²² Por esto, se ha sostenido correctamente que el derecho de la competencia puede ser, alternativamente, expresión del liberalismo de mercado, un instrumento del populismo económico o una política simbólica con un casi nulo impacto económico. Todo depende del objetivo que se busque y de las doctrinas subyacentes imperantes en un momento determinado (en este sentido, Eisner, *Antitrust*, 229 (ver nota 22)). En sí misma, la libre competencia no es más que es una política en busca de propósito y claridad.

¹²³ Ley N.º 20.600 que crea los Tribunales Ambientales, artículo 1º. Esta función es central, sin perjuicio de que, como hemos visto, su especialización los dota de cierta “sensibilidad” más cercana a las políticas de la agencia que la que tendría un órgano revisor generalista.

los intereses sociales que forman la base de las reglas jurídico-económicas de protección de la libre competencia.¹²⁴

El carácter de implementador del TDLC lo diferencia de otros entes judiciales, comunes y especializados. Por una parte, dicho carácter explica que el TDLC posea algunas facultades ajenas a un tribunal común generalista, tales como las de dictar o proponer normativa regulatoria.¹²⁵ Por otra parte, su rol de implementador lo diferencia también de otros tribunales especializados en libre competencia en el mundo (como el Competition Appeal Tribunal (CAT), del Reino Unido; el Competition Tribunal canadiense; o el Competition Tribunal de Sudáfrica), los cuales, no obstante compartir la característica de especializados, tienen un rol de revisores/adjudicadores y, por ende, una exigencia *prima facie* de no sustituir la decisión primaria.

La diferencia de énfasis entre darle mayor peso a los aspectos sociales —implementación— o a los individuales —adjudicación— a que da lugar el diseño institucional de libre competencia y medioambiental en Chile, respectivamente, resulta suficiente como para descartar que sea adecuado comparar el rol de los TMA y el TDLC. Por más que en ambos casos se esté en presencia de “tribunales especializados”, tal denominación no parece ser más que formal o semántica.¹²⁶ Se trata en realidad de organismos llamados a cumplir roles fundamentalmente diferentes, cada uno dentro de su respectivo entramado institucional. Por tanto, para eva-

¹²⁴ En este sentido, nótese que el rol del TDLC no está muy alejado del que cumple un revisor “interno” de la propia agencia, como lo son, por ejemplo, los Tribunales de Derecho Administrativo (Administrative Law Judges o ALJ) del derecho norteamericano, los cuales, aunque están funcionalmente separados de las ramas investigativas y prosecutorias de la agencia, también poseen funciones eminentemente implementativas y no adjudicatorias (Cane, *Administrative Tribunals* (ver nota 8)).

¹²⁵ Como por ejemplo la de “dictar instrucciones de carácter general en conformidad a la ley...” o la de “proponer al Presidente de la República...la modificación o derogación de preceptos legales y reglamentarios...” (D.L. N.º 211, artículo 18 n.º 3 y n.º 4, respectivamente). En ambos casos, es la promoción del interés público el que justifica tales exorbitantes competencias.

¹²⁶ Es incluso posible extender el argumento y llegar a negar el carácter de “tribunal” al TDLC. Si la implementación *prima* independientemente de si se está en presencia de litigación privada o pública (esto es, sin o con presencia de la FNE), los requerimientos de justicia procesal que primaron al momento de la creación del sistema podrían en gran medida no ser tan relevantes producto del propio diseño institucional de “decisión especializada” finalmente escogido. Éste es un argumento que no exploramos en este trabajo.

luar el diseño institucional chileno en materia de revisión judicial propiamente tal es imprescindible centrar la atención en el rol que ha jugado el verdadero revisor final en ambos casos: la Corte Suprema.

3.2. La revisión de las decisiones por la Corte Suprema

A nivel general, la Corte Suprema chilena está cumpliendo un rol cada vez más trascendental para estructurar la interfase entre el Estado y el mercado en diversos sectores económicos.¹²⁷ Con cada vez mayor frecuencia, la Corte define derechos de propiedad, condiciona las formas de organización corporativa, define ámbitos de proyectos y limita las relaciones entre firmas tanto dentro del mercado como fuera de él. Es, en suma, el árbitro final en una serie de controvertidas decisiones regulatorias. Quizás no sea una exageración afirmar que, hoy en día, los límites de los mercados chilenos en sí mismos no son sino el producto de las normas interpretadas por la Corte.¹²⁸ Esto quiere decir que, cada vez más, la Administración ejerce sus facultades dentro del espacio de discrecionalidad definido ya no únicamente por la ley, sino también por la Corte.¹²⁹ El *enforcement* legal es, entonces, contingente a lo que ésta determine.

Esto se observa con claridad tanto en materia medioambiental como de libre competencia. La pregunta relevante en estos sectores es

¹²⁷ El rol central adquirido por los tribunales en materias regulatorias es un fenómeno que trasciende fronteras; incluso más allá del derecho norteamericano y su consabido modelo de “regulación a través de la litigación” (véase K.W. Viscusi, ed., *Regulation through Litigation* (Washington, DC: Brookings Institution Press, 2002); y D.P. Kessler, ed., *Regulation vs. Litigation. Perspectives from Economics and Law* (Chicago: The University of Chicago Press, 2011)). En muchos países se preveía que los tribunales serían actores periféricos dentro del Estado regulador y la situación terminó siendo precisamente la contraria. En el Reino Unido, por ejemplo, el agresivo programa privatizador del gobierno conservador, llevado a cabo durante los años 80, anticipaba un rol muy limitado para las cortes (para una explicación detallada, véase J. Black & P. Muchlinski, “Introduction”, en *Commercial Regulation and Judicial Review*, editado por J. Black, P. Mushlinski & P. Walker (Oxford: Hart, 1998)).

¹²⁸ En el derecho norteamericano, Commons caracterizó a la Corte Suprema de los Estados Unidos como “la primera autoridad competente en materia de política económica” (“...the first authoritative faculty of political economy”). La frase parece cada vez más cerca de ser totalmente aplicable al caso nacional. Véase J.R. Commons, *The Legal Foundations of Capitalism* [1924] (Clark, NJ: The Law Book Exchange Ltd., 2012), 7.

¹²⁹ Para el caso de medioambiente, véase, en el caso chileno, L. Cordero Vega, “Corte Suprema y medio ambiente: ¿Por qué la Corte está revolucionando la regulación ambiental?”, *Anuario de Derecho Público* 2012, UDP: 339.

por qué la Corte Suprema ha actuado, en términos generales, de una forma relativamente poco deferente frente a las decisiones de los TMA y el TDLC, considerando que se trata de un revisor generalista actuando frente a un decisor especializado. Como veremos, la respuesta es, sencillamente, “porque puede”, dado el contexto institucional chileno: es éste el que le permite actuar con un escaso grado de deferencia. La razón es que, en nuestro sistema, las dos variables institucionales que hemos definido como centrales (naturaleza del órgano e instrumento de revisión) han sido combinadas de manera inexacta (3.2.1). Esto produce serios peligros para el sistema y dificulta la consecución de los objetivos que se tuvieron en vista al dotar a estas dos áreas del derecho de especialización (3.2.2).

3.2.1. La interacción de las variables institucionales: los recursos judiciales frente a una corte generalista

La Corte Suprema chilena está compuesta por jueces generalistas viviendo en un “mundo especializado”¹³⁰ (al menos en las dos áreas analizadas en este trabajo).¹³¹ Como hemos argumentado, independiente del juicio de valor que pudiera efectuarse respecto de dicha característica, ella debiera *prima facie* generarle a la Corte incentivos a ser deferente con el decisor primario.¹³² Sin embargo, según hemos venido

¹³⁰ La frase es de la juez D.P. Wood, “Generalist Judges in a Specialised World”, *SMU Law Review* 59 (1997): 1756.

¹³¹ La circunstancia de que la Corte Suprema estructure el conocimiento de sus asuntos sobre la base de “salas especializadas” (política implementada desde 1995 y que la organiza en asuntos civiles, penales, constitucionales y laborales) no altera la conclusión de que sean jueces “generalistas” en el sentido definido en este trabajo, pues no es condición para el desempeño de ellas la especialización en los asuntos que deben resolver.

¹³² De hecho, esto es lo que ocurre en algunas materias, como la regulación eléctrica. En materia sancionatoria es común que la Corte actúe deferentemente con la SEC y confirme sus asertos. Una simple constatación numérica simple (y por cierto incompleta) confirma este aserto: de los 65 casos fallados en el período 2010-2015, los revocados por la Corte Suprema fueron sólo 14, sobre la base fundamentalmente —salvo un par de excepciones— de la teoría del decaimiento del procedimiento administrativo (sobre este último, véase E. Evans & D. Poblete, “¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?: El caso de la industria eléctrica”, en *Sanciones administrativas*, editado por J. Arancibia & P. Alarcón (Santiago: Thomson Reuters, 2014), 217 y ss.).

argumentando, la concreción práctica de dicho incentivo dependerá fundamentalmente de los recursos a través de los cuales la decisión llega a su conocimiento.¹³³ En materia de libre competencia, las decisiones son revisadas por la Corte Suprema a través del llamado “recurso de reclamación” (artículo 27° del DL 211). En materia medioambiental, el recurso aplicable es el de casación. Las diferencias hasta aquí descritas en uno y otro sistema son resumidas en el siguiente cuadro:

Cuadro 1. SISTEMAS DE LIBRE COMPETENCIA Y MEDIOAMBIENTE EN CHILE

	Libre competencia	Medioambiente
Naturaleza del sistema	Acusatorio	Inquisitivo
Modelo de decisión de la agencia	Implementación	Adjudicación
Recurso ante la Corte Suprema	Reclamación	Casación
Revisión por la Corte Suprema	Plena	De derecho, restringida

En materia de protección de la libre competencia, el sistema legal de escrutinio de las decisiones adoptadas por el TDLC es amplio y ambiguo. El recurso de reclamación es, en sí, extraño en un contexto supuestamente jurisdiccional, pues la reclamación tiene como ámbito propio el administrativo.¹³⁴ Por lo mismo, el alcance de este “recurso” es indefinido a nivel teórico, ni tampoco fue acotado en la ley. Esto lo vuelve una herramienta procesal extremadamente abierta, que confiere un amplio margen para la determinación judicial. De hecho, la propia Corte ha llegado a interpretar que el recurso le confiere la facultad de revisar cuestiones de derecho, de política y de hechos.¹³⁵ Y la evidencia

¹³³ Ver sección 2.3.

¹³⁴ Así lo hizo notar la propia Corte Suprema durante la tramitación del proyecto de ley que creó el TDLC: “la denominación de reclamación es ajena al sistema de recursos procesales ante los tribunales de justicia y más bien se reserva al ámbito administrativo. Sería más propio establecerlo como recurso de casación” (véase *Historia de la Ley N° 19.911*, 35-6).

¹³⁵ Por ejemplo, comentando acerca de la naturaleza del recurso de reclamación, la Corte ha señalado que tiene una plena jurisdicción que le permite revisar todos los aspectos considerados por el TDLC, “incluyendo el análisis económico y legal que le permitió alcanzar la su decisión” (Corte Suprema, *Consulta de Subtel sobre participación de concesionarios de telefonía móvil en concurso público de telefonía móvil digital avanzada*, Rol 4797-2008, sentencia del 27 de enero de 2009, C. 6°).

empírica permite confirmar esta afirmación. Aunque cuantitativamente muchas de las decisiones del TDLC han sido reafirmadas por la Corte, el análisis cualitativo muestra que, en la práctica, el recurso funciona de manera “plástica”, moldeable a la sola voluntad de la Corte, dependiendo del tipo y características del caso concreto. En buena parte de las ocasiones, ha funcionado casi como una verdadera apelación, en los términos más amplios posibles, permitiendo la revisión de aspectos vinculados al derecho, los hechos e incluso la política.¹³⁶ Aunque en muchas ocasiones la Corte ha alcanzado resultados sustantivos correctos, en ocasiones ha sustituido el razonamiento del TDLC por el suyo propio en cuestiones altamente técnicas.¹³⁷ De este modo, producto de un cuestionable diseño del sistema de recursos que no toma en cuenta las características del revisor, impera en el análisis una ausencia de deferencia que, utilizando la terminología introducida anteriormente, bordea la interferencia.¹³⁸

Por razones diversas, pero igualmente vinculadas al diseño institucional, la Corte Suprema también ha actuado con ausencia de deferencia en materia medioambiental. En esta materia, dado el carácter revisor/adjudicador de los TMA, el legislador consagró un sistema que en principio debía restringir las actuaciones de la Corte Suprema, la cual sólo conocería de los aspectos de derecho de un asunto por la vía del recurso de casación. Desde la perspectiva del diseño institucional, entonces, el sistema fue creado de manera teóricamente correcta, considerando las características de especialización de los organismos de-

¹³⁶ Esto se manifiesta también en aspectos procesales. La Corte ha estimado admisibles recursos de hecho en contra de resoluciones del TDLC que declaran inadmisibles apelaciones, pese a que este recurso está regulado en el Código de Procedimiento Civil exclusivamente para la apelación.

¹³⁷ El caso más relevante es *James Hardie* (2003), donde la corte sostuvo un enfoque textualista del artículo 3 letra c) del DL 211 y definió erróneamente los precios predatorios (véase Corte Suprema, *Producción Química y Electrónica Quimel S.A. contra James Hardie Fibrocementos Limitada*, Rol 3449-2006, sentencia del 29 de noviembre de 2002).

¹³⁸ Esto es, además de lo explicado en el texto principal, un reflejo del deficiente diseño orgánico del sistema de competencia chileno, que pone a la Corte Suprema en una posición de superior jerárquico inmediatamente superior al decisor primario, transformándola en una verdadera segunda instancia. Aspectos relativos a celeridad procesal pueden explicar esta anomalía.

cisores y revisores y los incentivos que acarrearba el adoptar un sistema recursivo más amplio para llegar a la Corte Suprema.

Lo que el diseño no previó (o no pudo evitar) fue el influjo de un aspecto institucional particular del derecho chileno, de carácter general y no solamente vinculado al ámbito medioambiental: la forma cómo se ha tratado jurisprudencialmente el llamado “recurso de protección”. Se trata éste de una acción constitucional de amparo, especialmente diseñada para la protección de garantías establecidas en la propia Constitución, cuya naturaleza es cautelar, de urgencia, que se tramita sin forma de juicio y cuyo fallo, atendida su lógica de funcionamiento, no genera el efecto de cosa juzgada.¹³⁹ No obstante, en la práctica la Corte Suprema ha comenzado a utilizar este recurso como una acción de nulidad ordinaria de actos administrativos; esto es, como un verdadero contencioso sin forma de juicio.¹⁴⁰ La razón es atendible: no existe en nuestra legislación otro medio que pueda ser utilizado con la misma finalidad, dada la falta de un contencioso administrativo.¹⁴¹ El recurso de protección, entonces, se ha transformado *de facto* en el verdadero contencioso-administrativo del sistema chileno.

El efecto del recurso de protección en la ausencia de deferencia proviene del hecho de que uno de los derechos susceptibles de protección a través del uso de esta acción constitucional es el “derecho a vivir en un

¹³⁹ El artículo 20 inciso primero de la Constitución chilena indica que “el que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra de privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números [...] podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes”. Véase A. Bordalí, “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”, *Revista de Derecho* 19 (2006): 205-228; G. Gómez Bernal, *Derechos fundamentales y recurso de protección* (Santiago: Ediciones UDP, 2005), 19-20; Mosquera & Maturana, *Los recursos procesales*, 411-434 (ver nota 85).

¹⁴⁰ La doctrina chilena se ha mostrado crecientemente preocupada por esta tendencia. Por ejemplo, A. Vergara, “Esquema del contencioso administrativo: su tendencia hacia un modelo mixto y situación actual del recurso de protección”, en *Litigación pública*, editado por J. Arancibia, J.I. Martínez & A. Romero (Santiago: Thomson Reuters, 2011), 37-63.

¹⁴¹ Ver sección 3.1.1.

ambiente libre de contaminación”.¹⁴² Invocando a este último, la acción de protección ha sido utilizada para solicitar (y en algunos casos decretar) la nulidad de Resoluciones de Calificación Ambiental, que en términos generales constituye el acto administrativo final a través del cual se establecen las condiciones o exigencias que deberán cumplirse para ejecutar un determinado proyecto o actividad.¹⁴³ Este uso implica, en los hechos, conferir un efecto de validez general a una sentencia cuyo objeto es, jurídicamente, de tutela transitoria. En la práctica, entonces, con un régimen medioambiental al cual se superpone el sistema constitucional de protección, que controla escasamente el actuar del órgano generalista, al considerar la invalidez de los actos administrativos la Corte opera bajo una lógica de protección de garantías, que le permite conocer, de manera muy rápida (!), cuestiones de hecho, derecho o política.¹⁴⁴

Recapitulando, entonces, es posible constatar una falta de deferencia importante en el trato que confiere la Corte Suprema en materia de libre competencia y medioambiental. Notablemente, esta constatación

¹⁴² Artículo 19 N.º 8 de la Constitución chilena. El recurso de protección, en este caso, sólo se permite en contra de un “acto u omisión ilegal” (no uno arbitrario) “imputable a una persona determinada” (artículo 20 inciso segundo de la Constitución chilena).

¹⁴³ Artículo 25 de la Ley de Bases General del Medio Ambiente.

¹⁴⁴ Desde el año 2009 la Corte Suprema ha utilizado un control procedimental intenso en materia de revisión judicial de decisiones administrativas ambientales. Aunque en principio esto podría ser entendido como una cuestión de deferencia, lo cierto es que al utilizar el recurso de protección su razonamiento se vuelve contingente, carece de estabilidad y es fácilmente sustituible por la tutela de derechos fundamentales, lo que hace desaparecer los efectos de la deferencia. Por cierto, reiteramos, esto no es sino la reproducción de lo que sucede en otros sectores del derecho chileno con dicha acción. Véase, por ejemplo, J.C. Ferrada, “El recurso”, 151 y 152 (ver nota 100); J.C. Ferrada, A. Bordalí & K. Cazor, “El amparo constitucional contra los actos de la administración del Estado en Iberoamérica: un análisis comparado con el recurso de protección chileno”, *Revista Ius et Praxis* 10, n.º 2 (2004): 9; L. Cordero Vega, “Los límites de la jurisprudencia administrativa y las fuentes del derecho administrativo. Las consecuencias del caso de la Municipalidad de Zapallar”, *Revista de Derecho Administrativo* 7 (2012). En general, mediante sentencias declarativas (e incluso constitutivas de derechos) dictadas en sede de protección, procedimientos de urgencia han dado lugar a medidas anticipativas que se consolidan en una sentencia que, aunque no da lugar al efecto de cosa juzgada material, sí suele operar como una sentencia firme estimatoria. Véase, en este último sentido, J.C. Marín, *Las medidas cautelares en el proceso civil chileno. Doctrina, jurisprudencia y derecho comparado* (Santiago: Editorial Jurídica, 2004), 212 y 213.

va en contra de sus propias declaraciones sosteniendo que su rol es el de un tribunal de casación.¹⁴⁵ Como hemos expresado, una explicación práctica de dicho fenómeno dice relación con el diseño institucional, el cual le confiere espacios suficientes para actuar de dicho modo. Sin embargo, la explicación parece ir más allá. Existen plausibles fundamentos para estimar que la razón radica en el hecho de que la Corte “desconfía” de los organismos especializados¹⁴⁶ y pareciera confundir la necesidad de reforzar su control jerárquico sobre estos últimos con una supuesta demanda por una revisión más intrusiva. Esto es, a nuestro juicio, un error. Una menor deferencia no implica una menor vigilancia ni una disminución de la capacidad de controlar los eventuales comportamientos abiertamente transgresores de estos tribunales. Con todo, nuestro argumento central es que, sin perjuicio de las razones subyacentes a una mayor intervención, el diseño institucional debiera moldear la actuación del órgano revisor a sus propias características institucionales.

3.2.2. Algunos de los peligros que plantea el diseño institucional vigente y su posible solución

La actual desvinculación existente entre la variable institucional de especialización/generalidad y la variable relativa al estándar de revisión tiene consecuencias importantes para los sistemas de libre competencia y medio ambiente chilenos. En la práctica, ello ha implicado que la relación entre el órgano revisor y el decisor no pueda calificarse de “armónica” sino —en buena medida— de “antagónica” (en la terminología que hemos utilizado anteriormente).¹⁴⁷ La pregunta central es si esto está de acuerdo con las bases del sistema legal chileno. La respuesta, a

¹⁴⁵ Por ejemplo, al informar sobre el proyecto de ley que creó los TMA, la Corte indicó expresamente que “cabe reiterar la preocupación que, al informarse otros proyectos de similar contenido, ha expresado esta Corte Suprema acerca de la proliferación de recursos sobre materias especiales que, en número creciente, engrosan la heterogénea y sobreabundante competencia que el ordenamiento le ha venido asignando, en desmedro de su calidad de Tribunal de Casación que naturalmente le corresponde dentro de nuestro sistema jurídico” (*Historia de la Ley N° 20.600*, 42).

¹⁴⁶ Por ejemplo, en materia de libre competencia, algunos fallos parecen indicar una cierta aprensión ante los aparentes “excesos” del uso del análisis económico (en lugar de los tradicionales silogismos legales).

¹⁴⁷ Ver sección 2.3.2.

nuestro juicio, es negativa. Sin entrar a juzgar la conveniencia de un sistema de tribunales especializados, lo cierto es que existen una serie de mecanismos insertos en nuestro diseño institucional y otros sustantivos que aseguran que este tipo de tribunales permanezcan adecuadamente restringidos, incluso si la Corte actúa de una forma más deferente. Entre ellos está, por ejemplo, el respecto al principio de proporcionalidad.¹⁴⁸ Por el contrario, la relación hasta cierto punto antagónica que se ha dado hasta ahora entre revisor y decisor, producto de la ausencia de deferencia, acarrea una serie de riesgos institucionales en materia de revisión y perversos incentivos para los usuarios de ambos sistemas analizados.

En primer término, se incentiva a las partes a hacer un uso intensivo o estratégico de los recursos, pues ellos en la práctica operan como un verdadero recurso jerárquico. En materia de competencia, esta razón (sumado al hecho que el TDLC ha emitido más decisiones relevantes que sus predecesores) explica el incremento de la participación de la Corte Suprema en el litigio de competencia desde la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad en el año 2004.¹⁴⁹ En materia medioambiental, la acción de protección ha sido intensamente utilizada, en comparación a la presentación de sólo unos cuantos recursos de casación.¹⁵⁰ En este último ámbito, se suma además la posibilidad de que las partes estén dando un uso estratégico al primero de los recursos mencionados, produciéndose lo que la literatura denomina “fórum shopping”: el uso

¹⁴⁸ El análisis de estos resguardos institucionales excede los límites autoimpuestos en este trabajo.

¹⁴⁹ Según nuestro conocimiento, desde la creación del TDLC y hasta el mes de marzo de 2015, se han interpuesto 103 recursos de reclamación, 90 de ellos en causas contenciosas y 13 de ellos en causas no contenciosas. La Corte Suprema se ha pronunciado sobre ellos en 90 oportunidades, confirmando total o parcialmente la resolución recurrida en 75 casos y revocando total o parcialmente en los 15 casos restantes. Adicionalmente 3 procesos fueron conciliados una vez deducido el recurso de reclamación. En la actualidad la Corte Suprema está conociendo 10 recursos de reclamación por causas de libre competencia, 7 de ellos interpuestos en procesos contenciosos y los 3 restantes en procesos no contenciosos.

¹⁵⁰ Según nuestro conocimiento, a marzo de 2015 se han interpuesto 11 recursos de casación en contra de sentencias pronunciadas por el Segundo y el Tercer Tribunales Ambientales, encontrándose 8 de dichos procesos pendientes ante la Corte Suprema. En los tres casos en los que la Corte Suprema se ha pronunciado ha anulado la resolución recurrida, ya sea acogiendo el recurso de casación o anulando de oficio.

del ámbito procesal que aparezca como más conveniente a los intereses de quien lo utiliza.¹⁵¹

En segundo término, existe la posibilidad de que se produzca una selección de estándares *ad-hoc*, ya sea al caso concreto o al tipo de materia. El problema se acrecienta por la ausencia en Chile de uno de los elementos esenciales que permiten que las doctrinas judiciales posean cierta lógica y coherencia: el respeto y confianza en los precedentes (lo que la doctrina anglosajona denomina *stare decisis*). En materia medioambiental, por ejemplo, existen atendibles razones para pensar que el mismo estándar amplio usado en materia de vulneración de derechos fundamentales está siendo utilizado en la revisión de las actuaciones de los TMA, aun cuando el legislador haya optado por intentar acotar esta última. Resulta al menos plausible considerar que más allá de las diferencias entre la diversa naturaleza de los recursos, ellos serán eventualmente considerados bajo un prisma similar.

Tercero, dado el carácter generalista de la Corte, existe el peligro de que se cometan muchos errores en las decisiones. Si bien es cierto que el error decisional, sea del tipo I o del tipo II, es inevitable, hemos indicado que es precisamente ésta una de las razones más utilizadas para crear especialización.¹⁵² El uso no deferente de los recursos elimina los beneficios de la especialización y, en última instancia, desvirtúa el sistema creado por el legislador. Un buen ejemplo lo provee el tratamiento que se ha dado a algunas conductas en materia de libre competencia. Tradicionalmente, el enfoque adoptado por la Corte en esta materia no ha estado dominado por las consideraciones de eficiencia que hoy resultan casi estándar a nivel mundial, sino por consideraciones vinculadas a la justicia redistributiva. De hecho, la Corte ha sostenido expresamente que la sanción debe estar inspirada en el principio de

¹⁵¹ Así, la no-deferencia con que la Corte ha actuado en materia de recursos de protección puede proveer incentivos a quienes se oponen a un determinado proyecto, atendido los estándares garantistas bajo los cuales opera la decisión en este tipo de recursos. El desarrollador, en cambio, que desea obtener una suerte de “certificación” de que cada uno de los trámites y etapas del procedimiento administrativo se han cumplido fielmente y con apego a la legalidad, probablemente optará por la vía de los TMA, caso en el cual es altamente probable que el conflicto de todas formas termine siendo resuelto por la Corte Suprema.

¹⁵² Ver sección 2.1.2.

culpabilidad,¹⁵³ y que la conducta debe ser “reprochable”, esto es, “un acto voluntario de naturaleza ilegal debido a su desacuerdo con las normas establecidas en la ley para la protección de la libertad que debe existir para competir en los mercados”.¹⁵⁴ Asimismo, el principio de proporcionalidad también ha jugado un rol muy relevante en la jurisprudencia de la Corte en esta materia.¹⁵⁵ Con todo, hay signos positivos de un avance hacia una visión más económica, donde la Corte acepta una visión más consecuencialista basada en la disuasión y la eficiencia.¹⁵⁶

Existen diversas formas de restringir estos peligros. Entre ellas, dos son las que han recibido mayor atención en el derecho nacional. Primero, podría intentarse un cambio en la estructura de los tribunales especializados, incorporando a un miembro de la Corte Suprema o, como alternativa de “segundo-mejor”, de alguna Corte de Apelaciones dentro de la composición del tribunal, de modo que la revisión incorpore el pensamiento o política de derecho general de la Corte y exista, como contrapartida, un cierto grado de deferencia con las decisiones de un “par”. Sin embargo, existen al menos tres objeciones a esta idea. La primera es práctica: la experiencia anterior en la Comisión Resolutiva (una de las antecesoras del TDLC), uno de cuyos miembros era precisamente un juez de la Corte Suprema, no fue altamente favorable. La segunda objeción está vinculada al problema “cultural” de que los jueces no son necesariamente deferentes con sus pares. Finalmente, la tercera objeción se relaciona con el problema jurídico antes señalado de que en Chile, en general, no es inusual que salas distintas de la misma Corte provean soluciones contradictorias (incluso ante problemas similares) debido al débil rol del precedente y la escasa aplicación del principio de igualdad.

Una segunda modificación institucional que se ha debatido para frenar los peligros del diseño actual dice relación con delimitar en la

¹⁵³ Corte Suprema, *FNE y Banco de Chile con Falabella y otros*, Rol 2339-2008, sentencia del 13 de agosto del 2008, C. 17°.

¹⁵⁴ Corte Suprema, *Voissnet con Empresa de Telecomunicaciones de Chile S.A.*, Rol 6236-2006, sentencia del 4 de julio de 2007, C. 29°.

¹⁵⁵ Corte Suprema, *Demanda de OPS Ingeniería Ltda. y otros contra Telefónica Móviles de Chile S.A.*, Rol 8077-2009, sentencia del 7 de julio de 2010, C. 17°.

¹⁵⁶ Por ejemplo, Corte Suprema, *FNE contra Compañía Chilena de Fósforos S.A.*, Rol 277-2010, sentencia del 2 de junio de 2010, C. 22° (indicando que la multa debe imponer [al defendido] costos mayores al beneficio esperado por haber impuesto barreras artificiales de entrada al mercado).

propia normativa el ámbito de los recursos. Una reforma en este sentido sería compatible con las recomendaciones teóricas de diseño que hemos mencionado en este trabajo. Más aún, existen precedentes que van en línea con esta propuesta. En materia de libre competencia, durante la tramitación de la reforma del año 2009 se intentó cambiar sin éxito el actual recurso de reclamación por uno de apelación. Esto sinceraría el estado de la cuestión, pero no resuelve el hecho que la Corte Suprema mantendría una jurisdicción amplia, de segunda instancia, sin ser éste su rol natural. En materia medioambiental, el problema recursivo detectado en libre competencia se trató de enmendar por la vía de dotar a la Corte Suprema de un recurso más acotado, el de casación. No obstante, existe poca experiencia en el uso de este mecanismo, pues el problema del recurso de protección no será solucionado a menos que se elimine la posibilidad de acudir por esta vía a la Corte, lo cual requiere una modificación constitucional en este sentido cuya conveniencia resulta altamente cuestionable y probablemente impracticable.

4. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos argumentado que para que un sistema institucional pueda operar de una manera eficiente en un marco de legitimidad debe dar una respuesta unívoca a dos cuestiones que —lamentablemente; quizás por su diversa naturaleza (orgánica una, sustancial, la otra)— suelen ser resueltas de manera separada por los ordenamientos jurídicos y la literatura especializada: las características institucionales del órgano revisor de una decisión y el ámbito (o estándar) de revisión. Esa respuesta unívoca consiste en que, desde una perspectiva de buen diseño institucional, este último debiera ser creado “a la medida” de las primeras. Hemos, además, ejemplificado este problema en el derecho chileno, específicamente en materia de protección de la libre competencia y del medio ambiente, mostrando cómo en ambos casos, por diversas causas vinculadas a diseños particulares, el deficiente diseño institucional ha repercutido en las decisiones.

Existen numerosas preguntas relacionadas que han quedado inexploradas en este trabajo. Por ejemplo, nada hemos dicho sobre las ideas normativas que debieran subyacer a la creación de tribunales especializados, o qué modelo debieran seguir otras instituciones especializadas

que sean diseñadas a futuro; tampoco hemos hecho referencia al plano positivo o empírico: qué tipo de estándares efectivamente están utilizando los revisores (principalmente las Cortes superiores) en nuestro derecho. De hecho, ni siquiera hemos pretendido efectuar un estudio acabado en materia de libre competencia y medio ambiente. La agenda en materia de derecho institucional en Chile y Latinoamérica se encuentra aún poco desarrollada, por lo que esperamos que las ideas aquí planteadas —una muy pequeña parte de todas las que pueden ser exploradas— puedan ser testeadas y expandidas en el futuro cercano. De este modo enriqueceremos nuestro entendimiento de la interpretación judicial, favoreceremos al debate permanente en el derecho público y, a través de él, contribuiremos a la mejora constante de las instituciones que permiten la buena gobernanza. *EP*

ARTÍCULO

EDUCACIÓN Y DERECHOS CONSTITUCIONALES*

Sebastián Edwards

Anderson Graduate School of Management, UCLA.
National Bureau of Economic Research

Álvaro García Marín

Departamento de Economía, Universidad de Chile

RESUMEN: Esta investigación procura determinar en qué medida la inclusión de “derechos sociales” en las constituciones políticas incide en el desempeño social. Más específicamente, se analiza si la incorporación del derecho a la educación en la carta fundamental de una nación se relaciona con “resultados educacionales más igualitarios”. El estudio se basa en datos de 61 países que participaron en las pruebas PISA 2012. Los resultados son claros y robustos en relación

SEBASTIÁN EDWARDS. Henry Ford II Professor of International Economics en la Universidad de California, Los Angeles. En el año 2013 ganó el premio Carlos Díaz-Alejandro, por sus contribuciones a la investigación académica sobre las economías latinoamericanas. Ha publicado 14 libros y más de 200 artículos académicos. Email: sebastian.edwards@anderson.ucla.edu.

ÁLVARO GARCÍA MARÍN. Economista de la Universidad de Chile. PhD en *management* de la Universidad de California, Los Angeles. Profesor asistente del Departamento de Economía de la Universidad de Chile. Email: algarcia@fen.uchile.cl.

* Los autores quieren señalar: “Nuestras discusiones con Ed Leamer fueron provechosas para la elaboración de este artículo. Agradecemos a Harald Beyer por sus valiosos comentarios y sugerencias, y al Centro para la Gestión Global (CGM, por su sigla en inglés) de la escuela Anderson, de la Universidad de California en Los Angeles (UCLA) por su apoyo”. Este artículo fue traducido del inglés por Cristóbal Santa Cruz.

a la técnica de estimación: no hay evidencia que incluir el derecho a la educación en la constitución se traduzca en menor dispersión en los resultados de la PISA. Estos resultados son relevantes para países que están debatiendo la adopción de nuevas constituciones, como es el caso de Tailandia y Chile.

PALABRAS CLAVE: Educación, desigualdad, prueba PISA, derechos constitucionales, reforma constitucional, derechos positivos.

CLASIFICACIÓN JEL: I25, I20, I28.

RECIBIDO: septiembre 2014; **ACEPTADO:** noviembre 2014.

CONSTITUTIONAL RIGHTS AND EDUCATION

ABSTRACT: *This article investigates whether the inclusion of “social rights” in political constitutions affects social performance. More specifically, it analyzes whether including the right to education in the constitution has been related to lower “educational inequality”. The authors rely on data for 61 countries that participated in the 2012 PISA tests. The results—strong and robust to the estimation technique—show that there is no evidence that including the right to education in the constitution has been associated with lower test scores dispersion. These results are important for countries that are discussing the adoption of new constitutions, such as Thailand and Chile.*

KEYWORDS: *Education, inequality, PISA test, constitutional rights, constitutional reform, positive rights*

JEL CLASSIFICATION: *I25, I20, I28.*

RECEIVED: *September 2014;* **ACCEPTED:** *November 2014.*

1. INTRODUCCIÓN

Las constituciones —o las provisiones constitucionales— son los factores que más inciden en las instituciones políticas de los diferentes países.¹ Establecen la forma de gobierno, definen el sistema electoral, especifican los derechos y las obligaciones de la población y determinan los niveles de protección respecto de los distintos derechos (de propiedad y otros). Un número limitado de economistas ha estudiado la relación entre las constituciones y el desempeño económico. En su

¹ Cuando hablamos de “disposiciones constitucionales” o “provisiones constitucionales” nos referimos a los ordenamientos constitucionales en países, como Inglaterra, que no tienen una constitución escrita y codificada.

clásico estudio, North y Weingast (1989) afirman que las disposiciones constitucionales adoptadas por Inglaterra tras la Revolución Gloriosa —y especialmente después de la Carta de Derechos— hicieron posible que el gobierno adquiriera un compromiso creíble de que no expropiaría propiedades de manera arbitraria y sin compensar a sus dueños. Este pacto sentó las bases para el éxito económico de Inglaterra durante los siglos dieciocho y diecinueve. En su libro *The Economic Effect of Constitutions*, Persson y Tabellini (2005) analizan de manera teórica y empírica los efectos de las constituciones sobre las políticas económicas y sus resultados. Su análisis se centra en dos distinciones claves de la organización política y constitucional de un país: sistemas presidenciales en comparación a parlamentarios y sistemas electorales mayoritarios frente a proporcionales. North (2006) así como Qian y Weingast (1997) han estudiado la relación entre disposiciones constitucionales y economía.

La idea de que las instituciones (y las disposiciones constitucionales) inciden en el desempeño económico es antigua. De hecho, ya estaba presente, en forma embrionaria, en *The Wealth of Nations*, de Adam Smith. En el capítulo VII del cuarto tomo, Smith argumenta que el desempeño significativamente superior de colonias inglesas de Norteamérica, en relación a los dominios españoles de América del Sur, se debía principalmente a que “las *instituciones* políticas de las colonias inglesas habían sido más proclives a la mejora y el cultivo de esta tierra que las de las [colonias españolas]” (1904, 73).²

En este artículo abordamos un aspecto de la relación entre constituciones y desempeño económico que, a nuestro entender, no ha sido tratado antes: investigamos si la inclusión de “derechos constitucionales sociales” —lo que los teóricos constitucionalistas denominan “derechos constitucionales positivos”— incide en el desempeño social. En forma más específica, analizamos si la incorporación del derecho a la educación en la constitución se relaciona con “resultados educativos más igualitarios”, los que definimos como una menor dispersión en los resultados en pruebas estandarizadas. Para abordar ese tema usamos información de 61 países que participaron en la prueba PISA 2012 sobre desempeño educativo de la OCDE. Los datos constitucionales sobre

² El énfasis es nuestro.

protección de los derechos sociales en las cartas fundamentales provienen de Constitute Project, un proyecto que abarca a 191 países y distingue tres niveles de protección constitucional de la educación.³

Esta pregunta tiene una dimensión práctica importante ya que las constituciones de los países son enmendadas o reformuladas de raíz con mucha frecuencia: en promedio, aproximadamente cada 20 años.⁴ A modo de ejemplo, entre 2000 y 2013, 45 países adoptaron nuevas cartas fundamentales. Varios corresponden a nuevas democracias, o a naciones que han padecido grandes conflictos sociales o guerras civiles, como por ejemplo Afganistán, Burundi, Egipto y Zimbabue. Entre los países que están debatiendo nuevas constituciones cabe citar a Chile y Tailandia.⁵

Los encargados de redactar nuevas cartas fundamentales —miembros de asambleas constituyentes u otros organismos— tienen que decidir cuáles derechos sociales incorporar en la nueva constitución. ¿Deben salvaguardarse, con rango constitucional, la educación, la vivienda y el derecho a una pensión, entre otros? ¿O deben los países circunscribir los derechos constitucionales a los tradicionales, como el derecho a la libertad de expresión, los derechos de propiedad y el derecho a la privacidad? Entre los países que incorporan derechos (positivos) sociales en sus constituciones figuran Francia y Alemania; por el contrario, los Estados Unidos, Australia y Noruega son ejemplos de naciones que no

³ Constitute Project sólo brinda información sobre derechos incluidos en las constituciones. Nuestro análisis en principio podría complementarse con información de leyes o tratados alternativos, por ejemplo, si los países suscribieron la *Declaración universal de los derechos humanos*. Sin embargo, esto complicaría el análisis empírico pues se requerirían suposiciones arbitrarias para comparar el grado de protección de la educación en diferentes legislaciones. Por otra parte, no está claro si los tratados prevalecen sobre las constituciones (véase Spiro 2003).

⁴ Para obtener información detallada sobre las 191 constituciones reunidas en Constitute Project, consúltese <https://www.constituteproject.org/>

⁵ El 22 de julio de 2014, el ejército tailandés promulgó una nueva constitución interina y anunció la formación de un comité de reformas integrado por 36 miembros para redactar una nueva constitución permanente. Una vez aprobada, ésta pasará a ser la duodécima constitución de Tailandia desde 1932. En 2013, Michelle Bachelet fue electa Presidenta de Chile por una amplia mayoría. Un componente clave de su programa político fue la reforma a la Constitución, con el objeto de eliminar cualquier vestigio de la dictadura militar que gobernó el país durante 17 años. Ella ha afirmado en reiteradas ocasiones que la nueva constitución fortalecerá los derechos sociales y, en particular, el derecho a la educación. Para más información sobre la historia económica de Chile y el desempeño del sector educativo, véase, por ejemplo, Edwards (2010).

lo hacen. Los defensores de los derechos sociales argumentan que cuando éstos son reflejados en la constitución, los estamentos políticos —el poder legislativo y el ejecutivo— se ven forzados a promover leyes, normas y regulaciones que apunten a brindar servicios sociales consistentes y de alta calidad. En otras palabras, la incorporación de derechos sociales en las constituciones es percibida como una forma de motivar y obligar al poder político a moverse en una determinada dirección (Zackin 2013). La comprobación de si esto funciona es en gran medida un asunto empírico. Pese a la importancia del tema, no existe un trabajo académico sistemático al respecto.

El artículo a continuación está organizado de la siguiente manera: en la sección 2, basada en Edwards y García Marín (2014), se entregan algunos antecedentes sobre derechos constitucionales y educación. Un análisis preliminar e incondicional de los datos sugiere que los países que brindan un mayor grado de protección constitucional a la educación han obtenido puntajes *inferiores* en las pruebas PISA que aquellos que no velan por dicho derecho. Además, los países en que su constitución protege con mayor intensidad a la educación no muestran resultados más igualitarios en las pruebas PISA. En la sección 3 ampliamos el análisis y desarrollamos una serie de regresiones que explican las diferencias en los puntajes obtenidos en las pruebas PISA en diferentes países. El análisis considera dos variables dependientes: el logaritmo natural del puntaje promedio obtenido por cada país en la PISA; y el coeficiente de variación de los puntajes para cada nación. Los resultados sugieren que, si se toman en cuenta otros factores, la protección constitucional no tiene efectos significativos en los resultados educacionales; no afecta ni los niveles ni la dispersión de estos tests. Estos resultados son robustos respecto de la especificación de la ecuación y de la técnica de estimación, ya sea con mínimos cuadrados ordinarios (MCO) o con variables instrumentales. En la sección 4 presentamos una serie de análisis de robustez y algunas extensiones. Entre otros factores, analizamos si los resultados son específicos a algún tipo de provisión educacional, o si la cantidad de años en que los derechos a la educación han estado protegidos por la carta fundamental incide en los resultados. Finalmente, en la sección 5 se entregan algunas conclusiones y reflexiones sobre la aplicación de la ley y se discuten posibles orientaciones para futuras investigaciones. El artículo contiene un apéndice de datos.

2. UN ANÁLISIS COMPARATIVO PRELIMINAR ENTRE PAÍSES

Los constitucionalistas distinguen entre derechos constitucionales “negativos” y “positivos”.⁶ Los primeros tienen por objeto proteger al individuo de la intromisión del Estado e incluyen, entre otros, los derechos de propiedad, el derecho de contrato, la protección igualitaria, el derecho a la privacidad y la libertad de expresión. Por su parte, los derechos constitucionales positivos establecen las obligaciones del Estado hacia con los individuos y comprenden los derechos a la educación, la salud y la vivienda. Su objetivo es resguardar a las personas de la pobreza y de la devastación. A pesar de que todas las constituciones o disposiciones constitucionales de los países contienen derechos negativos, no todas consagran derechos positivos. La Constitución de los Estados Unidos contiene una larga y detallada lista de derechos negativos —la Carta de Derechos—, pero no reconoce ningún derecho positivo o social, pese a los esfuerzos de varios políticos, en particular el Presidente Franklin D. Roosevelt, por enmendar la Constitución e incorporarlos (Sunstein 2004).

Los derechos constitucionales positivos o sociales están recogidos en los artículos 22 a 27 de la *Declaración universal de los derechos humanos* de las Naciones Unidas, de 1948. Estos consideran el derecho a recibir pagos por concepto de seguridad social durante la vejez (artículo 22), el derecho al trabajo (artículo 23), el derecho a un pago equitativo por un mismo empleo (artículo 23), el derecho a una remuneración que le permita a una familia vivir con dignidad (artículo 23), el derecho a sindicarse para defender sus derechos (artículo 23), el derecho al descanso y disfrute del tiempo libre (artículo 24), el derecho a la alimentación, la vestimenta, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (artículo 25), el derecho al cuidado infantil (artículo 25), el derecho a la educación (artículo 26), el derecho a participar en actividades culturales (artículo 27) y el derecho a gozar de la creación artística (artículo 27).

Constitute Project ha compilado información pormenorizada de 191 constituciones escritas. Este conjunto de datos incluye una versión completa en inglés de cada carta fundamental, la fecha de su entrada

⁶ Esta sección se basa en nuestro documento de trabajo (Edwards y García Marín 2014).

en vigencia y el contenido y la fecha de las reformas constitucionales más recientes. *Constitute Project* distingue tres tipos de protección constitucional a la educación: la prestación de una educación gratuita, la educación obligatoria y la igualdad de acceso a la educación superior. Según estos datos, 129 constituciones establecen que el Estado debe asegurar una educación gratuita hasta cierto nivel escolar (generalmente hasta completar la educación secundaria); 120 de las 191 constituciones contienen disposiciones constitucionales que vuelven obligatoria (hasta cierto nivel escolar) la educación; y 61 constituciones aseguran una igualdad de acceso a la educación superior. Adicionalmente a esos derechos educacionales directos, en 76 de las 191 constituciones se establecen restricciones explícitas al empleo infantil.⁷

En 2012 la OCDE impartió su prueba PISA (*Program for International Student Assessment* o Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos) a miles de estudiantes de 15 años en 65 países.⁸ Este examen, que se repite cada tres años, mide habilidades y conocimientos en matemáticas, ciencias y lectura a través de pruebas estandarizadas. La muestra abarca a todos los países de la OCDE, además de algunas naciones (o territorios) invitadas. Los países que participan en la prueba poseen un ingreso per cápita superior al total de las naciones (la media del PIB per cápita de estos países es de 22 mil dólares, siendo la del mundo, en su conjunto, equivalente a 8 mil dólares).

Existen datos precisos sobre las constituciones de 61 de los 65 países que participaron en la prueba PISA 2012.⁹ De esas 61 naciones, 7 carecían de garantías constitucionales relacionadas con la educación, 11

⁷ Las constituciones son tan dinámicas en todo el mundo que la cantidad de cartas magnas que consagran y protegen el derecho a la educación ha seguido cambiando mientras se revisaba este artículo. Los datos que aquí se entregan son de principios de agosto de 2014.

⁸ La prueba PISA es impartida de manera periódica. Antes de 2012, se realizó en 2009. También efectuamos una serie de pruebas utilizando los puntajes de 2009. Los resultados obtenidos fueron muy similares a los presentados en este artículo y están disponibles a solicitud de los interesados.

⁹ *Constitute Project* no cuenta con información sobre los derechos constitucionales de Nueva Zelandia, Túnez, el Reino Unido y Vietnam. La prueba PISA de 2012 incluía los resultados para Shanghái, Hong Kong y Macao. Les asignamos a estos tres territorios los derechos constitucionales de la República de China. Taiwán participó también en la prueba; utilizamos la Constitución de la isla como referencia para definir el grado de protección de sus derechos educacionales.

Cuadro 1. MUESTRA DE PAÍSES Y REGIONES EN PISA 2012, AGRUPADOS POR DERECHOS EDUCACIONALES RESGUARDADOS EN SU CONSTITUCIÓN

Índice	0	1	2	3
1	Canadá	Argentina	México	Brasil
2	Estados Unidos	Alemania	Uruguay	Chile
3	Australia	Austria	Bélgica	Colombia
4	Noruega	Dinamarca	Bulgaria	Costa Rica
5	República Checa	Holanda	Chipre	Perú
6	Israel	Islandia	Estonia	Albania
7	Singapur	China: Hong Kong	Eslovaquia	Croacia
8		China: Macao	Eslovenia	Hungría
9		China: Shanghái	España	Italia
10		Malasia	Finlandia	Lituania
11		Tailandia	Francia	Polonia
12			Grecia	Portugal
13			Irlanda	Serbia
14			Letonia	Suiza
15			Liechtenstein	Kazajistán
16			Luxemburgo	Corea del Sur
17			Montenegro	
18			Rumania	
19			Rusia	
20			Suecia	
21			Turquía	
22			Emiratos Árabes Unidos	
23			Indonesia	
24			Japón	
25			Jordania	
26			Qatar	
27			China: Taiwán	

Nota: El índice de derechos educacionales es igual a la suma simple de las provisiones educacionales incluidas en las constituciones de los países. Los valores más altos representan mandatos educacionales más fuertes. Para el caso de China, PISA presenta puntajes separados para Hong Kong, Macao, Shanghái y Taiwán. Para el caso de Taiwán, nos basamos en los derechos consagrados en la Constitución de Taiwán de 1947 (enmendada en 2005); para las tres provincias restantes utilizamos la Constitución de la República de China de 1982 (enmendada en 2004).

Fuente: constituteproject.org y "PISA 2012 Results in Focus", OECD, 2013.

contaban con una disposición constitucional, 27 incluían dos provisiones y 16 incorporaban las tres disposiciones establecidas por *Constitute Project* (educación gratuita, educación obligatoria e igualdad de acceso a la educación terciaria). En el cuadro 1 se clasifican los 61 países que participaron en la prueba PISA 2012 según el número de provisiones relacionadas con la educación contenidas en sus cartas magnas.

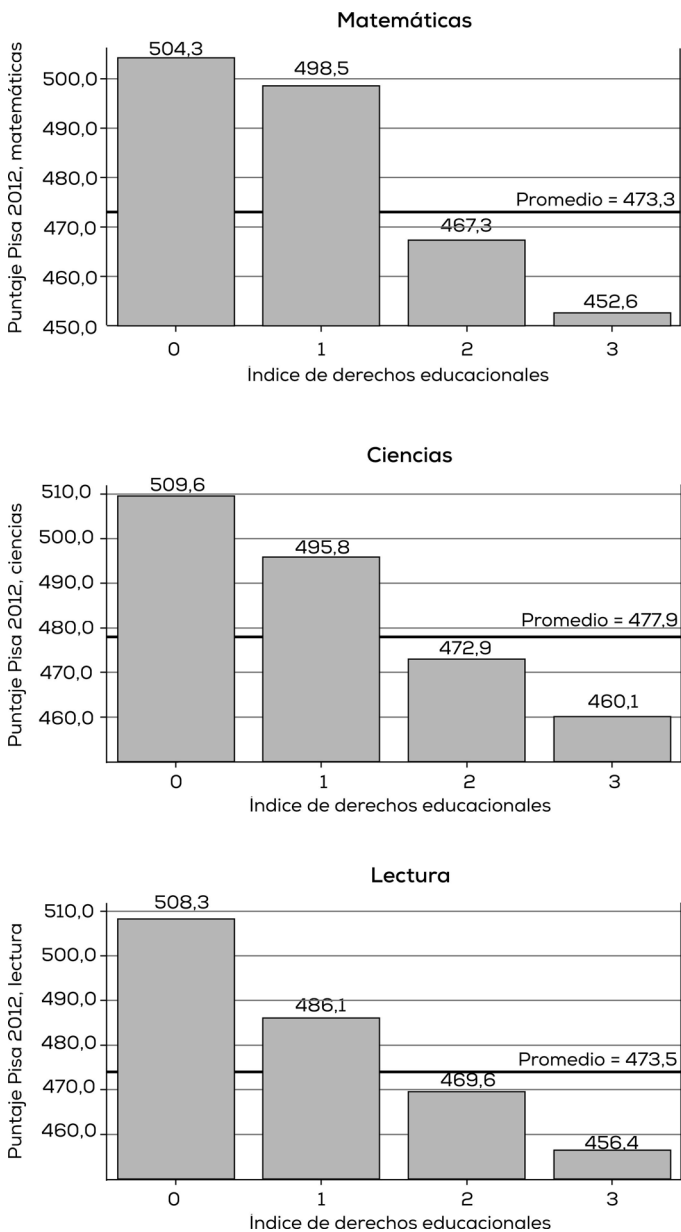
De los 61 países considerados en la muestra, 49 establecen, con rango constitucional, el derecho a una educación gratuita; 45, que la educación es, hasta cierto nivel escolar, obligatoria; y 19, igualdad en el acceso a la educación superior.

En la figura 1 presentamos los puntajes promedios en las pruebas PISA 2012. El panel A contiene datos para la prueba de matemáticas; el panel B, para la de ciencias, y el panel C, para la de lectura. En cada panel se expone el puntaje medio para los 61 países de la muestra. También se muestran los puntajes para cuatro subgrupos correspondientes al número de provisiones constitucionales sobre educación (escala de 0 a 3). Como puede observarse, en cada uno de los paneles, los puntajes en las pruebas son claramente descendientes: los países con provisiones constitucionales más robustas en materia de educación tienen puntajes *inferiores* que aquellos con menos garantías. Estas brechas tienden a ser muy marcadas. Por ejemplo, en la prueba de lectura hay una diferencia de más de 50 puntos entre el puntaje medio de los países sin ninguna provisión (508 puntos) y el de aquellos con la máxima cantidad de tres provisiones (456 puntos). Esta brecha es mayor a una desviación estándar para los puntajes de las pruebas en los 61 países contemplados en la muestra.¹⁰

Los resultados preliminares presentados en la figura 1 se refieren al “nivel” de los resultados en la prueba PISA. Sin embargo, la inclusión de derechos sociales en las constituciones tiene, casi siempre, un objetivo social de carácter igualitario. Al incorporar estas garantías en las cartas fundamentales el constituyente tiene como objetivo asegurar que la educación sea relativamente igualitaria, y que le llegue a todos los niños

¹⁰ Para todas las pruebas, los estadísticos Anova F y Welch F rechazan la hipótesis nula de igualdad de medias entre los cuatro subgrupos de protección constitucional a los niveles convencionales, lo que viene a confirmar que las diferencias en desempeño entre los subgrupos son estadísticamente significativas. Estos resultados están disponibles a solicitud de los interesados

Figura 1. RESULTADOS PROMEDIO DE LA PRUEBA PISA 2012, AGRUPADOS POR TIPO DE PRUEBA Y DISPOSICIONES EDUCACIONALES EN LAS CONSTITUCIONES



con una calidad similar. Vale decir, una de las principales preocupaciones del constituyente es que los resultados académicos no sean demasiado dispersos, que no haya algunos niños con excelentes resultados y otros con performances paupérrimos. Es por esta razón que en el análisis empírico que sigue nos concentramos en la posible relación entre las provisiones constitucionales y la dispersión de los resultados PISA al interior de cada país, medida como el “coeficiente de variación” (CV): la razón entre desviación estándar y media aritmética.¹¹

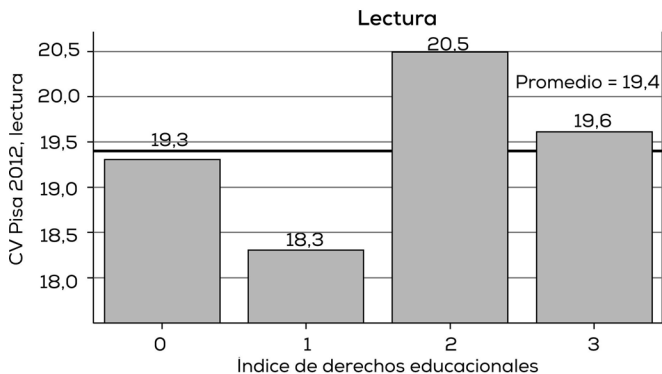
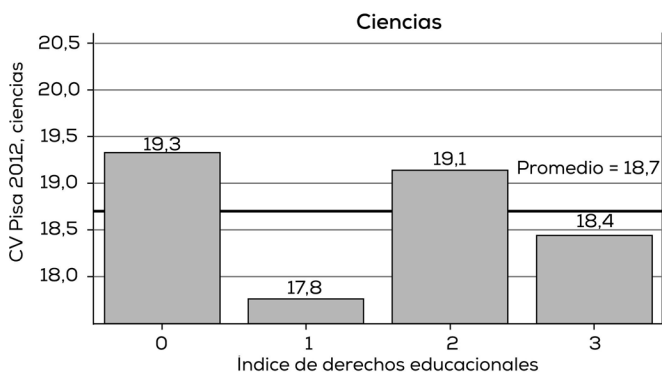
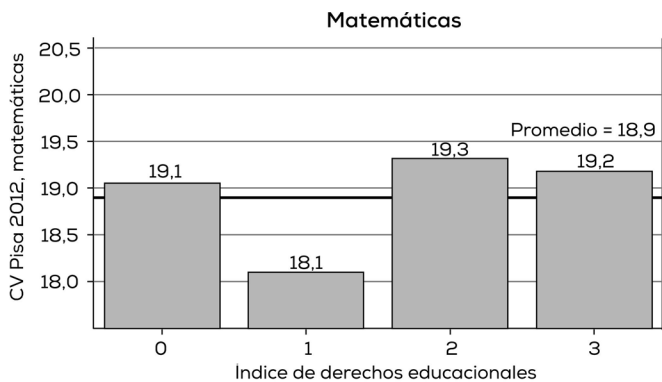
En la figura 2 presentamos evidencia preliminar para la relación entre dispersión promedio de los puntajes PISA y la intensidad en la protección constitucional a la educación en cada país. Tal como en la figura 1, los resultados se muestran por separado para las pruebas de matemáticas (panel A), ciencias (panel B) y lectura (panel C). En contraste al caso de puntajes promedio, no se observa una relación consistente entre el grado de protección a la educación en la constitución y la dispersión promedio de puntajes (medida en términos del coeficiente de variación). Por ejemplo, en las pruebas de matemáticas y lectura, países con al menos dos provisiones educacionales muestran una mayor dispersión de puntajes que los países sin ninguna provisión educacional. Sin embargo, en la prueba de ciencias el patrón se revierte. Interesantemente, en todas las pruebas la menor dispersión de puntajes se observa en los países con sólo una provisión educacional. Este último resultado se encuentra influenciado por la sobrerrepresentación de China en la muestra: en contraste con el resto de países, China cuenta con información PISA para tres de sus regiones (Hong Kong, Macao y Shanghai), y, además, estas regiones muestran una de las menores dispersiones en puntajes PISA en las tres pruebas. Una vez que se excluyen estas observaciones, la dispersión promedio de los países con sólo una provisión educacional no difiere demasiado del resto de los grupos.¹²

Los resultados de las figuras 1 y 2 nos entregan algunos antecedentes sobre la relación entre derechos constitucionales y desempeño

¹¹ La principal ventaja del coeficiente de variación sobre otras medidas de dispersión es que permite una mejor interpretación del grado de variabilidad de los datos en términos porcentuales con respecto a la media aritmética de los datos. En la sección 4 analizamos la robustez de nuestros resultados a medidas alternativas de dispersión, como el rango intercuartil y la razón entre los percentiles 90 y 10.

¹² Estos resultados se encuentran a disposición de los potenciales interesados.

Figura 2. DISPERSIÓN PROMEDIO DE LA PRUEBA PISA 2012 (COEFICIENTE DE VARIACIÓN PROMEDIO), AGRUPADOS POR TIPO DE PRUEBA Y DISPOSICIONES EDUCACIONALES EN LAS CONSTITUCIONES



educativo. Además, sientan las bases para llevar a cabo un análisis de regresión multivariado, el cual permitirá controlar por otras variables —como el nivel de desarrollo de los países y las políticas a favor de la educación—, explorar algunos temas de causalidad y analizar las eventuales vías por medio de las cuales los cambios constitucionales podrían incidir en los resultados educativos.

3. RESULTADOS DE LAS REGRESIONES

Es posible pensar en dos vertientes mediante las cuales los derechos constitucionales pueden afectar la calidad de la educación: la primera, que nosotros denominamos “canal directo de la función de producción”, es la más simple: una vez consagrado el derecho a la educación en la constitución, el gobierno se ve forzado a promover leyes que apunten a entregar más (y mejores) “insumos” para la “función de producción” de la educación. Por ejemplo, se destinarán más fondos para formar a los profesores, habrá mayores inversiones en infraestructura escolar y financiamiento para reducir el tamaño de las clases (proporción de alumnos por profesores más baja). Todo esto debiera traducirse en mejores puntajes en las pruebas. Más aún, en la medida en que las provisiones constitucionales manden que todos los niños deben estar cubiertos por las leyes, y en la medida que no haya (abierta) discriminación geográfica o étnica, esperaríamos que en los países con estas protecciones constitucionales habría una menor dispersión de los resultados de las pruebas PISA (naturalmente, controlando por otros factores).

La segunda es la que llamamos “canal cultural”. Es posible que los países que salvaguardan la educación en su carta fundamental desarrollen un clima o un *ethos* nacional que celebre y promueva la educación, y que resguarde y aplauda resultados más igualitarios que permiten una “cancha pareja” para que los ciudadanos desarrollen sus vidas laborales: la profesión docente sería bien remunerada, muy solicitada y altamente respetada (como en Suecia); asistir a la universidad se transformaría en un logro prestigioso (como en Corea); y obtener buenos resultados en las pruebas internacionales sería fuente de orgullo nacional (como en China). Este “canal cultural” mejoraría la eficiencia o productividad del proceso educativo, es decir, funcionaría de manera similar a

la productividad total de los factores (TFP, por su sigla en inglés) en los modelos estándares de crecimiento.¹³

Si cualquiera de los dos canales recién descritos estuviera efectivamente operando, cabría esperar que una simple regresión bivariada de dispersión de los puntajes en las pruebas —medida por ejemplo por medio de la desviación estándar, el coeficiente de variación o el rango intercuartil— contra el índice de derechos constitucionales se traduzca en un coeficiente significativamente negativo; es decir, que una mayor protección constitucional se asocie con menor dispersión en los resultados. Una vez que se introducen en la regresión variables o insumos de política educativa (tamaño de las aulas, porcentaje de docentes formados, calidad de la infraestructura, entre otros), cabría esperar que el tamaño del coeficiente de los “derechos constitucionales” fuera menor en términos absolutos, pero aun así significativamente negativo.

3.1 Especificación empírica

Para investigar la relación entre derechos constitucionales y los puntajes de los países en la prueba PISA estimamos una serie de ecuaciones del siguiente tipo:

$$f(\text{Puntaje}_j) = \alpha_0 + \alpha_1 \text{constrights} + \sum \beta_i x_{ij} + u_j \quad (1)$$

en la que la variable dependiente es una función del puntaje obtenido por el país j en la prueba PISA —puntaje promedio o dispersión de los puntajes al interior del país— y *constrights* es un índice del grado de fortaleza de los derechos educacionales en la constitución de dicho país. Este índice fluctúa entre 0 y 3 y es la suma simple de la cantidad de provisiones constitucionales en ese país relacionadas con la educación; mientras más elevados los números, más fuerte es el mandato constitucional respecto de la educación (véase la sección 4 para resultados con índices alternativos). La información básica para armar este índice fue

¹³ Como se indica en la sección 5, un marco analítico más completo incorporaría también el grado de cumplimiento de los derechos. Ver el exhaustivo análisis en Hanushek y Woessmann (2015) sobre la relación entre la calidad de la educación (medida por los resultados de tests estandarizados) y el crecimiento económico. En ese estudio los autores no consideran el posible rol del arreglo constitucional sobre los resultados de los tests.

obtenida de Constitute Project. Las variables x_{ij} capturan otros regresores, entre ellos, variables relacionadas con la “función de producción” educacional, y con las características socioeconómicas de las familias. Finalmente, u_j es un término de error; en la estimación, permitimos que u_j sea heterocedástico.¹⁴

Una potencial limitación para estimar la ecuación (1) por mínimos cuadrados ordinarios (MCO) es que puede que estén capturando una situación de causalidad reversa; es decir, es posible que países con sistemas educativos más débiles —y puntajes bajos en las pruebas— hayan intentado mejorar los resultados escolares fortaleciendo las provisiones constitucionales que protegen la educación. Una forma natural de abordar este tema es estimar versiones de la ecuación (1) con variables instrumentales. Entre los instrumentos utilizados figura la variable de “origen legal”, desarrollada por López de Silanes, La Porta y Shleifer (2008) en su trabajo pionero sobre gobernanza corporativa y desempeño económico. Estos autores analizan los orígenes históricos de las legislaciones destinadas a proteger a los inversionistas minoritarios en un grupo de países. Distinguen entre las constituciones fundadas en el derecho consuetudinario inglés, el derecho consuetudinario francés —subdivididas en francesas, socialistas y de origen alemán— y las constituciones socialistas. Hay dos razones que hacen de esta variable un instrumento atractivo. En primer lugar, tiene raíces históricas profundas, que en muchos casos se remonta a varios siglos y es incluso anterior a la mayoría de las constituciones consideradas en nuestro análisis. De igual forma, el origen histórico de la legislación sobre protección de las inversiones es muy anterior al desarrollo de pruebas estandarizadas para medir el desempeño educativo, como la prueba PISA. A ese respecto, el “origen legal” es una variable verdaderamente exógena, que no se ve afectada por la calidad de la educación.¹⁵ Como segunda razón, el “origen legal” se relaciona con el grado de protección de la educación en las constituciones y debería considerarse como un instrumento válido. El derecho común inglés tiende a resguardar a las personas de la acción del Estado.

¹⁴ Cabe esperar que los errores sean heterocedásticos: los resultados educacionales pueden diferir debido a factores no observados, comunes para cierto grupo de países, como la cultura.

¹⁵ Una regresión de “primer etapa” de los derechos constitucionales con respecto a las variables de origen legal muestra que estas últimas son efectivamente relevantes como grupo; su índice R cuadrado es 0.45.

Por el contrario, la ley común francesa le confiere mayores poderes al Estado para dictar las normas que determinan la vida de los ciudadanos. Finalmente, la tradición socialista es relativamente reciente y es mucho más centralizada que la ley civil. Por ello, cabe esperar que los países bajo la ley civil francesa y la tradición socialista tengan más altos niveles de derechos educativos que aquellos sujetos a la ley común inglesa.¹⁶

Otro instrumento utilizado es el año de independencia de los países. Para países que nunca fueron colonizados (o para aquellos con una independencia muy antigua) se estableció el año 1700. Los derechos sociales son un fenómeno reciente; como los países más jóvenes tienen constituciones más recientes, es más posible que incluyan la protección de la educación como un derecho en sus constituciones. El último conjunto de instrumentos corresponde a la región donde se localiza el país. Esto apunta a controlar los factores culturales que llevan a diferencias en los grados de protección de la educación según las regiones. Distinguimos entre Norteamérica, Sudamérica, Asia, Europa, África del Norte y el Medio Oriente.¹⁷

En las regresiones descritas a continuación nos basamos en la literatura que estudia los factores que afectan el desempeño de los establecimientos educacionales,¹⁸ e incluimos las siguientes variables base (véase el apéndice para un detalle de las fuentes de información):

- *Logaritmo del PIB per cápita*: Esta variable capta el nivel de desarrollo del país en cuestión y se espera que su signo sea positivo en las regresiones para el nivel de la prueba PISA. También introducimos esta

¹⁶ Ben-Bassat y Dahan (2008) enseñan para una muestra de 68 países que este fenómeno se observa para una amplia gama de derechos sociales, como la educación, la salud, la seguridad social y la vivienda.

¹⁷ Para todas las especificaciones, el estadístico F de la primera etapa rechaza la hipótesis nula de instrumentos débiles.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Hanushek y Woessmann (2010). Gran parte de la literatura reciente sobre desempeño educativo se basa en microdatos y considera los puntajes individuales de los estudiantes en las pruebas como la unidad básica de observación. En esta investigación la mayoría de las variables se refieren a los atributos de los estudiantes, las características de las familias de los alumnos y las del establecimiento donde él o ella está estudiando. Sin embargo, nuestro análisis se centra en los promedios de los países y no en datos individuales. Como consecuencia, la cantidad de variables con datos disponibles es más reducida que en estudios tradicionales. Véase la sección 4 para algunos comentarios sobre este tema.

variable al cuadrado, como una forma de permitir un efecto no lineal del ingreso per cápita en los puntajes de las pruebas.

- *Índice Gini*: Esta variable captura la desigualdad de ingresos al interior de un país. Su signo es indeterminado para el caso de puntaje promedio, y esperamos que sea positivo en las regresiones de dispersión bajo la premisa de que el nivel de ingreso familiar determina el desempeño educacional de los alumnos. Para el caso de las regresiones de niveles, el coeficiente dependerá de la forma de la distribución de ingresos. En particular, si sociedades más igualitarias reflejan mayoritariamente una menor masa de población pobre, entonces esperaríamos un coeficiente negativo del índice Gini en las regresiones de niveles.

- *Índice Estatus Económico, Social y Cultural (ESCS, por su sigla en inglés)*: Esta variable es un índice compuesto que resume las características de los hogares de los estudiantes. Utilizar este tipo de indicador es útil, pues las variables relacionadas al hogar tienden a ser altamente colineales. Se calcula como el componente principal de varias medidas específicas (propiedad del hogar, cantidad de libros en el hogar, disponibilidad de computador y conexión a internet en el hogar, existencia de un lugar tranquilo para estudiar en el hogar, educación superior de los padres, y situación laboral más consolidada de los padres). Este índice tiene una media equivalente a cero que corresponde al alumno promedio OCDE que tomó la prueba PISA ese año y una desviación estándar de 1. Se espera que el coeficiente sea positivo para la regresión en niveles.

- *Índice de calidad de recursos educacionales*: Este indicador resume las percepciones de los directores sobre los recursos educacionales en sus colegios, tales como laboratorios, libros, computadores y otros materiales de enseñanza. Este indicador tiene media cero y una desviación estándar de 1 para la OCDE. El valor del índice es mayor mientras más positiva sea la percepción de los directores en cuanto a los recursos educativos de la propia escuela. Esperamos un coeficiente positivo para este índice para la regresión en niveles. En tanto, si los países con un mayor valor de este índice utilizan los mayores recursos en mejorar la situación de los alumnos más desaventajados, esperaríamos un coeficiente negativo en las regresiones de dispersión de puntajes.

- *Índice de creatividad de actividades extracurriculares*: El proceso de aprendizaje no ocurre exclusivamente en los salones de clases; cier-

tas actividades extracurriculares, tales como orquestas o coros, pueden mejorar las habilidades cognitivas y no-cognitivas de los estudiantes. El índice de creatividad de actividades extracurriculares captura la intensidad con que las escuelas ofrecen este tipo de actividades para sus alumnos, y varía entre 0-3 de acuerdo a si la escuela posee: (i) banda, orquesta o coro; (ii) taller de arte o actividades artísticas, y (iii) talleres de teatro. Se espera que el signo sea positivo en las regresiones de niveles.

- *Índice de autonomía de currículo y evaluación*: Sistemas educativos más descentralizados son más efectivos en adaptar métodos de enseñanza a las necesidades de los alumnos. El índice de autonomía de currículo y evaluación muestra el nivel de autonomía de directores de escuela y profesores para establecer métodos de evaluación, escoger libros de texto, y determinar los cursos ofrecidos y sus contenidos. Tiene media cero y una desviación estándar de 1 para la OCDE. El valor del índice es mayor para sistemas educacionales donde directores de escuelas y profesores tengan mayor autonomía. Se espera que el coeficiente de este indicador sea positivo en las regresiones para el nivel de puntajes.

Otras variables fueron consideradas en algunas especificaciones, como la proporción de alumnos por profesor a tiempo completo, si los padres contaban con escolaridad completa o estudios superiores, y el estatus inmigratorio de las familias, entre otras. No se incluyeron en los cuadros presentados en este artículo por razones de espacio. Sin embargo, su incorporación confirmó los resultados de los cuadros 2 y 3. Para mayor detalle, véase la sección 4. Además, para las regresiones en que la variable dependiente es la dispersión de puntajes, incluimos la desviación estándar al interior de cada país del índice ESCS y de las variables de la “función de producción”.

3.2 Resultados para puntaje promedio

Comenzamos el análisis investigando la relación entre derechos constitucionales y el nivel de los puntajes promedio de los países en la prueba PISA. En el cuadro 2 presentamos los resultados obtenidos con variables instrumentales; se incluyen los errores estándares corregidos con el estimador de Huber-White. Las tres primeras columnas corresponden a la prueba de ciencias; las tres siguientes, a la de lectura, y las tres últimas, a la de matemáticas. Para cada prueba primero presentamos los resultados de las regresiones bivariadas simples, en las que *constrights* es

Cuadro 2. LOGARITMO PUNTAJES PISA 2012: ESTIMACIÓN DE VARIABLES INSTRUMENTALES (VI)

	Ciencias			Lectura			Matemáticas		
	(1)	(2)	(3)	(1)	(2)	(3)	(1)	(2)	(3)
Índice constitucional	-.0609*** (.0184)	.00408 (.00860)	-.0000824 (.00814)	-.0649*** (.0164)	-.00587 (.00848)	-.00546 (.00697)	-.0625*** (.0202)	.0105 (.0110)	.00786 (.0103)
Índice ESCS (promedio)	—	.0798*** (.0197)	.0378* (.0218)	—	.0668*** (.0191)	.0217 (.0207)	—	.0826*** (.0180)	.0320** (.0162)
Índice de calidad de recursos educacionales	—	.109*** (.0179)	.0806*** (.0163)	—	.0973*** (.0187)	.0648*** (.0162)	—	.132*** (.0173)	.0952*** (.0163)
Índice de creatividad de activ. extracurriculares	—	.0286** (.0142)	.0177* (.0105)	—	.0219 (.0151)	.0111 (.0118)	—	.0346** (.0176)	.0228* (.0134)
Índice de autonomía de currículo y evaluación	—	.0373*** (.0138)	.0281*** (.0102)	—	.0329** (.0146)	.0229** (.0105)	—	.0376** (.0159)	.0263** (.0122)
Índice Gini	—	—	-.249*** (.0886)	—	—	-.251*** (.0843)	—	—	-.275*** (.0948)
Log. PIB per cápita	—	—	.1169*** (.287)	—	—	1.038*** (.309)	—	—	1.180*** (.355)
Log. PIB per cápita al cuadrado	—	—	-.0564*** (.0145)	—	—	-.0491*** (.0156)	—	—	-.0561*** (.0181)
Constante	6.283*** (.0333)	6.149*** (.0279)	.228 (1.401)	6.281*** (.0292)	6.165*** (.0304)	.818 (1.520)	6.276*** (.0365)	6.119*** (.0333)	.0611 (1.715)
Observaciones	54	54	54	54	54	54	54	54	54
R cuadrado	.073	.732	.840	.071	.682	.816	.087	.719	.837

Nota: En este cuadro utilizamos las siguientes variables como instrumentos de las constituciones: el origen legal de las constituciones (La Porta, López-Silanes y Schleifer 2008), el año de independencia (le asignamos el año 1700 a los países que nunca han sido colonizados) y dummies regionales. Errores estándares corregidos por estimador de Hubber-White entre paréntesis. Claves: *** significativo en 1%; ** 5%; * 10%.

el único regresor. En las regresiones (2) agregamos las tres “variables de función de producción” y la “variable de familia”, el índice ESCS. Por último, en las regresiones (3) se agregan el logaritmo del PIB per cápita en 2009, el logaritmo del PIB per cápita al cuadrado y el índice Gini.¹⁹

Los resultados son satisfactorios y se detallan a continuación. En síntesis:

- En todas las regresiones bivariadas el signo del índice de derechos constitucionales es significativamente *negativo*. Es decir, cuando no se incluyen variables adicionales, la relación entre la protección de los derechos educativos en la constitución y los resultados escolares es negativo. Países con derechos constitucionales más fuertes para proteger la educación han tenido, en promedio, peor desempeño en las pruebas PISA. Esto confirma los resultados de nuestras pruebas no paramétricas en la sección 2.

- Cuando se agregan otras variables, el coeficiente de protección de los derechos constitucionales deja de ser significativo en los niveles convencionales.

- Las regresiones (2) y (3) indican que el país, el sistema escolar y las características de las familias están relacionadas de manera estadísticamente significativa con los puntajes en las pruebas. Más específicamente:

- Hay una relación positiva entre las condiciones socioeconómicas de los hogares y los puntajes de las pruebas; en 5 de las 6 regresiones que incluyen el índice ESCS el coeficiente es significativo a los niveles convencionales. Este resultado confirma que los atributos familiares están muy relacionados con el desempeño escolar y los puntajes de las pruebas. Analizamos más en profundidad este tema en la sección 4.
- La calidad de la infraestructura del sistema escolar —en este caso, representado por el índice de calidad de recursos educativos— es también relevante. Su coeficiente es significativamente positivo para todas las regresiones. Una importante implicancia de esto es que, como lo sugiere el enfoque de “función de producción”, un mayor gasto en docencia —mejores libros,

¹⁹ Para efectos de comparabilidad, restringimos la muestra al conjunto de países con información disponible para todas las variables. Esto reduce la muestra de 61 a 54 países.

- laboratorios y materiales educativos— se traduce en mejores resultados en las pruebas.
- Sistemas educacionales en los que los alumnos tienen mayor acceso a actividades extracurriculares creativas tienen mejores puntajes. En todas las regresiones el coeficiente es positivo y significativo.
 - Los resultados también confirman que la forma en que se administran las escuelas está muy relacionada con el desempeño escolar y los puntajes de las pruebas. El coeficiente del índice de autonomía es positivo y significativo en todas las regresiones.
 - Por último, es interesante comprobar que las variables de países se relacionan significativamente con los puntajes de los alumnos. Los países más ricos tienden a tener puntajes significativamente más altos en las pruebas. Esta relación positiva se mueve a tasas decrecientes (el coeficiente del PIB al cuadrado es significativamente negativo).
 - Por último, países más igualitarios en su distribución de ingresos —medido como un índice de Gini más bajo— tienen mejores resultados en la prueba PISA. Este resultado podría ser un reflejo de la menor masa de alumnos provenientes de ambientes socioeconómicos desaventajados en sociedades más igualitarias.

El hallazgo de que los derechos constitucionales están negativamente correlacionados (a pesar de que la relación no siempre es estadísticamente significativa) con los puntajes en las pruebas PISA sugiere que ninguno de los dos (potenciales) mecanismos recién expuestos están en funcionamiento. Esto es sorprendente, pues la mayoría de las personas —aunque, probablemente, no la mayoría de los economistas— hubiera esperado una correlación positiva, es decir, que los países que tienen un mandato constitucional más potente para salvaguardar y promover la educación tenderán a tener, a través de las dos mecanismos analizados, un sistema educativo de mayor calidad y, por ende, mejores puntajes en las pruebas. Por otro lado, observadores escépticos tal vez no esperarían que hubiera una relación entre las dos variables. Después de todo, en muchos países —y en particular en varios que son más pobres— las provisiones constitucionales no siempre se aplican; están reflejadas en el papel, pero los políticos y los jueces tienden a ignorarlas (en la sección 5 analizamos más en detalle este punto).

3.3 Resultados para dispersión de puntajes

Una posibilidad distinta a la ausencia de correlación entre puntajes y derechos educacionales es que estemos errando en el blanco al analizar la relación entre el grado de protección constitucional a la educación y el *nivel* de los puntajes en las pruebas. Aun cuando una mayor protección a la educación en la constitución no esté asociada a mayores puntajes en promedio, sí podría estar relacionada con mejores puntajes en los segmentos de población más desfavorecidos. Si este mecanismo estuviese en operación, esperaríamos una correlación negativa entre la dispersión de puntajes y la intensidad derechos educacionales en la constitución. A continuación estudiamos extensivamente si este mecanismo se observa en los datos, y además exploramos especificaciones alternativas, consideramos la posible existencia de no linealidades e investigamos la relación entre el índice de derechos constitucionales y ciertas variables de “función de producción”.

Para analizar la relación entre derechos constitucionales y la dispersión de los puntajes de los países en la prueba PISA estimamos una serie de regresiones en las que utilizamos el coeficiente de variación (CV) —la razón entre desviación estándar y media aritmética— de los puntajes PISA al interior de cada país j como variable dependiente.²⁰ Los países con menor dispersión en los puntajes de las pruebas (o resultados educativos más igualitarios) tenderán a exhibir un menor coeficiente de variación. La pregunta que surge es si el tamaño de indicador es más pequeño en países que brindan una protección constitucional más vigorosa a la educación.

En el cuadro 3 presentamos los resultados para dispersión de puntajes. Todas las especificaciones son estimadas por variables instrumentales con errores estándares corregidos por el estimador de Huber-White. Las especificaciones consideran el mismo conjunto de controles base que en el cuadro 2. Además, incluimos como variables de control la dispersión —medida en términos de la desviación estándar— del índice ESCS y de las variables de función de producción al interior de cada

²⁰ En la sección 4 discutimos la robustez de nuestros resultados a medidas alternativas de dispersión, tales como desviación estándar y rango intercuartil (o diferencia en los puntajes entre el tercer y cuarto cuartil). Cuando utilizamos estos indicadores alternativos de dispersión como variables dependientes, los principales hallazgos relativos a los derechos constitucionales no tuvieron cambio.

Cuadro 3. DISPERSIÓN PUNTAJES PISA 2012 (COEFICIENTE DE VARIACIÓN): ESTIMACIÓN DE VARIABLES INSTRUMENTALES (VI)

	Ciencias			Lectura			Matemáticas		
	(1)	(2)	(3)	(1)	(2)	(3)	(1)	(2)	(3)
Índice constitucional	,00009918 (,00444)	-,00448 (,00370)	-,00475 (,00378)	,00814 (,00562)	,000646 (,00460)	-,000970 (,00469)	,00512 (,00407)	,000762 (,00390)	-,000565 (,00408)
Índice ESCS (promedio)	—	,0128** (,00648)	,0173** (,00737)	—	,00509 (,00850)	,0126 (,00941)	—	-,00348 (,00454)	-,00557 (,00659)
Variabilidad índice ESCS (desviación estándar)	—	,0614*** (,0219)	,0621*** (,0171)	—	,0517* (,0298)	,0544** (,0244)	—	,0369* (,0191)	,0341* (,0202)
Índice de calidad de recursos educacionales	—	-,00863 (,00620)	-,00781 (,00620)	—	-,00998 (,00699)	-,00733 (,00647)	—	-,000504 (,00609)	-,00353 (,00598)
Índice de creatividad de activ. extracurriculares	—	-,0129*** (,00480)	-,00713* (,00377)	—	-,0142** (,00499)	-,00749* (,00432)	—	-,00763** (,00346)	-,00322 (,00304)
Índice de autonomía de currículo y evaluación	—	-,00465 (,00386)	-,00192 (,00327)	—	-,00859* (,00504)	-,00492 (,00414)	—	-,00173 (,00284)	-,000314 (,00294)
Índice Gini	—	—	,124*** (,0281)	—	—	,146*** (,0382)	—	—	,0944*** (,0214)
Log. PIB per cápita	—	—	-,283** (,116)	—	—	-,323** (,161)	—	—	-,0947 (,0865)
Log. PIB per cápita al cuadrado	—	—	,0138** (,00584)	—	—	,0156* (,00805)	—	—	,00462 (,00438)
Constante	,185*** (,00832)	,161*** (,0213)	1,550*** (,577)	,180*** (,0102)	,170*** (,0285)	1,773** (,801)	,179*** (,00799)	,165*** (,0183)	,612 (,427)
Observaciones	54	54	54	54	54	54	54	54	54
R cuadrado	,000	,308	,533	,002	,300	,511	,001	,277	,446

Nota: En este cuadro utilizamos las siguientes variables como instrumentos de las constituciones: el origen legal de las constituciones (La Porta, López-de-Silanes y Schleifer, 2008), el año de independencia (le asignamos el año 1700 a los países que nunca han sido colonizados) y dummies regionales. Errores estándares corregidos por estimador de Huber-White entre paréntesis. Claves: *** significativo en 1%; ** 5%; * 10%.

país, para permitir la existencia de una relación entre la dispersión de estas variables y la de los puntajes PISA. La única variable de dispersión que mostró una relación consistente en todas las especificaciones fue el índice ESCS. Por razones de espacio incluimos únicamente esta última variable de dispersión como control; sin embargo las regresiones completas con todas las variables de dispersión se encuentran disponibles a solicitud de los potenciales interesados.

Los resultados vienen a confirmar las conclusiones presentadas en el cuadro 2. En particular, en todas las regresiones —tanto en las bivariadas como en aquellas con todos los controles considerados— el coeficiente del índice de derechos constitucionales resultó no significativo a los niveles estándares. Es decir, en países con mayor protección constitucional a la educación los puntajes de los estudiantes no son más igualitarios que en países con menor protección. Los resultados reportados en el cuadro 3 indican que la dispersión de puntajes PISA en los distintos países se encuentra relacionada con las características del sistema escolar, de las familias y el nivel de desarrollo de los países:

- Las características socioeconómicas de los hogares —medidas en términos del índice ESCS— se relacionan significativamente con la variabilidad de puntajes PISA. En todas las pruebas, las especificaciones (2) y (3) muestran una relación positiva entre la variabilidad del índice ESCS y la variabilidad de puntajes PISA al interior de cada país, lo cual sugiere que en países con mayores brechas socioeconómicas, los alumnos muestran mayores diferencias en resultados educacionales. Esto confirma la relevancia de los antecedentes familiares para el rendimiento escolar encontrado en el cuadro 2 para el caso de puntajes promedio. En tanto, el nivel del índice ESCS no parece estar relacionado de manera consistente con la dispersión de puntajes PISA, pues su coeficiente sólo es significativamente (positivo) en la prueba de ciencias.

- En todas las regresiones, los coeficientes de las variables de “función de producción” resultaron negativos, lo cual sugeriría que en países en que las escuelas cuentan con más recursos, las brechas educativas tenderían a ser menores. Los coeficientes no son estimados con mucha precisión, siendo el índice de actividades extracurriculares la única variable significativa en forma consistente con los niveles convencionales.

- Es interesante comprobar que la desigualdad de ingreso —medida como un mayor valor del índice Gini— también se relaciona positivamente con la dispersión de puntajes, incluso en las regresiones en que controlamos por la dispersión del índice ESCS. Esto sugeriría que no sólo las brechas socioeconómicas, sino que también las brechas de ingresos explicarían la variabilidad de puntajes PISA.

- Es interesante también que en dos de las tres regresiones el coeficiente de PIB per cápita resultó negativo y su término cuadrático positivo. Esto indica que en países más ricos, la dispersión de puntajes tiende a ser menor que en países más pobres. Esto podría ser indicativo de una mayor focalización de recursos en los miembros más desaventajados de la sociedad por parte de los países más ricos.

En conjunto, los resultados reportados en los cuadros 2 y 3 sugieren que una mayor protección constitucional a la educación no se encuentra relacionada con mejores resultados en promedio, ni tampoco con una menor variabilidad en los puntajes. En lo que sigue, nos centramos en estudiar en mayor detalle la relación entre el grado de protección a la educación en la constitución y la dispersión de puntajes al interior de cada país. Como mostramos en la siguiente sección, los principales resultados no son dependientes ni de la forma en que medimos la intensidad de protección a los derechos educacionales o las variables de resultado, ni de las variables de control consideradas.

4. EXTENSIONES Y ROBUSTEZ

Realizamos varias pruebas de robustez y consideramos una serie de extensiones. En esta sección analizamos las más relevantes (en la mayoría de los casos resumimos los resultados sin proporcionar los cuadros detallados; sin embargo, están disponibles a solicitud de los interesados):

1) *Índice de derechos constitucionales*: Consideramos dos índices adicionales que miden el grado de protección constitucional de la educación. Primero, usamos un índice dicotómico que toma el valor 1 si el país en cuestión tenía *alguna* provisión constitucional que apoyara el derecho a la educación y 0 en caso contrario. En otras palabras, este indicador trata de manera pareja a todos los países que tienen alguna

Cuadro 4. DISPERSIÓN PUNTAJES PISA 2012 Y TIPO DE DISPOSICIÓN EDUCACIONAL: ESTIMACIÓN DE VARIABLES INSTRUMENTALES (VI)

	Ciencias				Lectura				Matemáticas			
	(1)	(2)	(3)	(4)	(1)	(2)	(3)	(4)	(1)	(2)	(3)	(4)
Educ. gratuita	-0,0739 (,00943)	—	—	-0,0231 (,0124)	-0,0257 (,0113)	—	—	-0,0390 (,0157)	-0,0316 (,00918)	—	—	-0,0571 (,0107)
Educ. obligatoria	—	-0,130* (,00745)	—	-0,130 (,0101)	—	-0,0526 (,00791)	—	-0,0554 (,0108)	—	-0,00613 (,00641)	—	,00115 (,00746)
Acceso igualitario a la educ. superior	—	—	,000769 (,0142)	,00738 (,0149)	—	—	,00926 (,0183)	,0141 (,0206)	—	—	,00247 (,0119)	,00590 (,0107)
Índice ESCS (promedio)	,0193** (,00775)	,0125* (,00710)	,0168** (,00758)	,0126 (,00776)	,0133 (,00965)	,0107 (,00932)	,0117 (,00972)	,0106 (,0101)	-0,0457 (,00745)	-0,0582 (,00645)	-0,0583 (,00683)	-0,0386 (,00838)
Variabilidad índice ESCS (desviación estándar)	,0648** (,0179)	,0531*** (,0174)	,0586*** (,0173)	,0525** (,0214)	,0568** (,0252)	,0524** (,0243)	,0517* (,0274)	,0508 (,0311)	,0363* (,0218)	,0335* (,0201)	,0329 (,0208)	,0369 (,0250)
Índice de calidad de recursos educacionales	-0,0818 (,00667)	-0,0497 (,00651)	-0,0756 (,00815)	-0,0388 (,00980)	-0,0748 (,00669)	-0,0620 (,00629)	-0,0575 (,00916)	-0,0405 (,00975)	-0,0373 (,00616)	-0,0339 (,00551)	-0,0310 (,00741)	-0,0315 (,00724)
Índice de creatividad de activ. extracurriculares	-0,0760** (,00369)	-0,0751* (,00391)	-0,0695* (,00364)	-0,0843* (,00444)	-0,0769* (,00440)	-0,0769* (,00450)	-0,0830* (,00456)	-0,0940* (,00543)	-0,0350 (,00311)	-0,0322 (,00307)	-0,0342 (,00339)	-0,0424 (,00361)
Índice de autonomía de currículo y evaluación	-0,0126 (,00328)	-0,0384 (,00358)	-0,0186 (,00339)	-0,0411 (,00456)	-0,0470 (,00425)	-0,0572 (,00432)	-0,0545 (,00463)	-0,0631 (,00545)	-0,000651 (,00315)	-0,00398 (,00303)	-0,00449 (,00317)	-0,000448 (,00384)
Índice Gini	,127*** (,0292)	,119*** (,0297)	,130*** (,0298)	,117*** (,0327)	,146*** (,0385)	,142*** (,0389)	,146*** (,0410)	,140*** (,0437)	,0939*** (,0217)	,0946*** (,0220)	,0949*** (,0235)	,0935*** (,0236)

Log. PIB per cápita	-306*** (.106)	-283*** (.103)	-327*** (.119)	-300*** (.116)	-325** (.152)	-314** (.148)	-360** (.165)	-347** (.163)	-0918 (.0798)	-0977 (.0763)	-107 (.0867)	-107 (.0835)
Log. PIB per cápita al cuadrado	.0150*** (.00537)	.0139*** (.00512)	.0162*** (.00597)	.0148** (.00590)	.0156** (.00763)	.0151** (.00734)	.0176** (.00832)	.0168** (.00826)	.00443 (.00404)	.00478 (.00379)	.00530 (.00437)	.00523 (.00426)
Constante	1.655*** (.527)	1.555*** (.512)	1.738** (.594)	1.637*** (.571)	1.784** (.759)	1.739** (.744)	1.942** (.826)	1.899** (.810)	.602 (.395)	.625 (.383)	.668 (.434)	.677* (.411)
Observaciones	54	54	54	54	54	54	54	54	54	54	54	54
R cuadrado	.533	.525	.531	.505	.510	.505	.479	.449	.451	.446	.444	.438

Nota: En este cuadro utilizamos las siguientes variables como instrumentos de las constituciones: el origen legal de las constituciones (La Porta, López-de-Silanes y Schleifer 2008), el año de independencia (le asignamos el año 1700 a los países que nunca han sido colonizados) y dummies regionales. Errores estándares corregidos por estimador de Hubber-White entre paréntesis. Claves: *** significativo en 1%; ** 5%; * 10%.

provisión. Como alternativa, construimos un índice constitucional exponencial en el cual las provisiones en favor de la educación en la constitución tienen un efecto más que aditivo en el índice. En este caso el indicador constitucional toma los valores 1, 2.7, 7.4 y 20.1. Los resultados con estos indicadores alternativos no modifican en lo medular nuestros hallazgos: los coeficientes de los indicadores de derechos constitucionales fueron negativos (en algunos casos, significativos), y las otras variables significativas (y con los signos esperados).

Además, revisamos si alguno de los tres derechos educativos incluidos en nuestro índice (educación gratuita, obligatoria y acceso igualitario a la educación superior) muestra una relación significativa con el nivel o la dispersión de puntajes PISA cuando se consideran por separado. En el cuadro 4 presentamos el resultado de este ejercicio para el caso de la dispersión de puntajes promedio. En las tres primeras columnas de cada prueba incluimos cada componente por separado, mientras que en la cuarta columna incluimos los tres índices conjuntamente. Como se puede apreciar, en la vasta mayoría de los casos, los índices resultaron no significativos. La única excepción la constituye la provisión a educación obligatoria en la prueba de ciencias, aunque la evidencia es débil, pues el coeficiente es estadísticamente negativo sólo 10 por ciento cuando la provisión se considera por separado (columna 2), y no significativo cuando se controla por las otras dos provisiones (columna 3). Esto sugiere que en países que implementan sistemas de educación obligatoria hasta cierto nivel, los resultados en la prueba de ciencias tenderían a ser más igualitarios.²¹

2) *Medidas alternativas de dispersión*: Una posibilidad para la ausencia de resultados entre protección a la educación y la brecha de puntajes es que nuestra medida de dispersión sea una aproximación pobre de la distribución de puntajes al interior de cada país. En el cuadro 5 mostramos resultados utilizando el (logaritmo del) rango intercuartil (o diferencia en los puntajes entre el primer y tercer cuartil) y la razón de puntajes de los percentiles 90 y 10. Tal como el caso del coeficiente de

²¹ Los resultados para el caso de puntajes promedio —disponibles a petición de potenciales interesados— muestran un patrón similar para los casos de educación gratuita y obligatoria. La única diferencia es que el coeficiente de acceso igualitario a la educación superior resulta negativo, lo cual podría explicarse por la potencial redistribución de recursos desde educación primaria y secundaria a educación superior en los países que protegen este derecho en sus constituciones.

Cuadro 5. DISPERSIÓN PUNTAJES PISA 2012. MEDIDAS ALTERNATIVAS (RANGO INTERCUARTIL Y RAZÓN 90-10): ESTIMACIÓN DE VARIABLES INSTRUMENTALES (VI)

	Ciencias		Lectura		Matemáticas	
	Log. RIC	P90/P10	Log. RIC	P90/P10	Log. RIC	P90/P10
	(1)	(2)	(1)	(2)	(1)	(2)
Índice constitucional	-,0176 (,0187)	-,0174 (,0200)	-,000514 (,0220)	-,00193 (,0249)	,0231 (,0255)	-,0000526 (,0211)
Índice ESCS (promedio)	,103*** (,0317)	,0770** (,0342)	,0618* (,0353)	,0599 (,0477)	-,0503 (,0406)	-,0205 (,0304)
Variabilidad índice ESCS (desviación estándar)	,192* (,102)	,277*** (,0812)	,212 (,140)	,288** (,126)	-,0447 (,145)	,161* (,0920)
Índice de calidad de recursos educacionales	,0371 (,0301)	-,0319 (,0305)	,0203 (,0313)	-,0341 (,0342)	,0906** (,0379)	-,0112 (,0287)
Índice de creatividad de activ. extracurri- culares	-,0174 (,0185)	-,0294 (,0179)	-,0196 (,0207)	-,0260 (,0215)	,00115 (,0208)	-,0118 (,0138)
Índice de autonomía de currículo y evaluación	,000903 (,0168)	-,0101 (,0150)	-,00865 (,0195)	-,0245 (,0203)	,00662 (,0207)	-,00135 (,0132)
Índice Gini	,573*** (,117)	,572*** (,131)	,661*** (,153)	,757*** (,205)	,347*** (,130)	,441*** (,0963)
Log. PIB per cápita	-,344 (,437)	-1,231** (,527)	-,503 (,486)	-1,464* (,780)	,950** (,441)	-,289 (,384)
Log. PIB per cápita al cuadrado	,0184 (,0223)	,0604** (,0266)	,0255 (,0247)	,0703* (,0391)	-,0433* (,0226)	,0142 (,0195)
Constante	6,105*** (2,102)	7,513*** (2,604)	6,910*** (2,367)	8,769** (3,888)	-,454 (2,122)	2,813 (1,878)
Observaciones	54	54	54	54	54	54
R cuadrado	,725	,507	,475	,489	,617	,377

Nota: En este cuadro utilizamos las siguientes variables como instrumentos de las constituciones: el origen legal de las constituciones (La Porta, López-de-Silanes y Schleifer 2008), el año de independencia (le asignamos el año 1700 a los países que nunca han sido colonizados) y dummies regionales. Errores estándares corregidos por estimador de Hubber-White entre paréntesis. Claves: *** significativo en 1%; ** 5%; * 10%.

Cuadro 6. LOGARITMO PUNTAJES DE PISA 2012. PERCENTILES 10, 25, 75 Y 90: ESTIMACIÓN DE VARIABLES INSTRUMENTALES (VI)

	Ciencias					Lectura					Matemáticas					
	P10 (1)	P25 (2)	P75 (3)	P90 (4)	P10 (1)	P25 (2)	P75 (3)	P90 (4)	P10 (1)	P25 (2)	P75 (3)	P90 (4)	P10 (1)	P25 (2)	P75 (3)	P90 (4)
Índice constitucional	.00740 (.0132)	.00525 (.00988)	-.000274 (.00682)	-.00290 (.00633)	-.00262 (.0126)	-.00288 (.00768)	-.00247 (.00660)	-.00369 (.00639)	.0105 (.0118)	.0111 (.00944)	.0133 (.00850)	.0109 (.00813)				
Índice ESCS (promedio)	-.0243 (.0379)	-.00516 (.0311)	.0186 (.0240)	.0232 (.0228)	-.0256 (.0442)	-.00453 (.0352)	.0104 (.0261)	.00990 (.0249)	-.0117 (.0234)	-.0112 (.0201)	-.0203 (.0184)	-.0241 (.0189)				
Variabilidad índice ESCS (desviación estándar)	-.250*** (.0813)	-.193*** (.0715)	-.106 (.0648)	-.0799 (.0643)	-.210** (.105)	-.141 (.0942)	-.0565 (.0911)	-.0425 (.0926)	-.287*** (.0585)	-.253*** (.0572)	-.206*** (.0632)	-.206*** (.0648)				
Índice de calidad de recursos educacionales	.0845*** (.0235)	.0819*** (.0196)	.0718*** (.0161)	.0647*** (.0151)	.0732*** (.0247)	.0688*** (.0209)	.0579*** (.0186)	.0521*** (.0180)	.0868*** (.0184)	.0878*** (.0170)	.0877*** (.0168)	.0196* (.0119)				
Índice de creatividad de activ. extracurriculares	.0309** (.0143)	.0210* (.0121)	.0133 (.00993)	.0121 (.00933)	.0226 (.0160)	.0130 (.0136)	.00650 (.0120)	.00589 (.0117)	.0280** (.0120)	.0247** (.0120)	.0196* (.0119)	.0112 (.0125)				
Índice de autonomía de currículo y evaluación	.0203 (.0155)	.0214 (.0131)	.0169 (.0111)	.0142 (.0106)	.0243 (.0179)	.0209 (.0150)	.0140 (.0130)	.00974 (.0128)	.00959 (.0133)	.0126 (.0129)	.0112 (.0125)	-.178* (.0947)				
Índice Gini	-.441*** (.125)	-.346*** (.106)	-.143* (.0798)	-.0888 (.0707)	-.509*** (.140)	-.384*** (.108)	-.134* (.0779)	-.0745 (.0722)	-.393*** (.104)	-.335*** (.103)	-.178* (.0947)	1151*** (.305)				
Log. PIB per cápita	1.656*** (.416)	1.362*** (.309)	.995*** (.237)	.893*** (.217)	1.556*** (.520)	1.233*** (.368)	.829*** (.237)	.708** (.203)	1.308*** (.381)	1.196*** (.338)	1.151*** (.305)	1.151*** (.0156)				
Log. PIB per cápita al cuadrado	-.0802*** (.0211)	-.0654*** (.0157)	-.0474*** (.0121)	-.0427*** (.0110)	-.0738*** (.0262)	-.0581*** (.0186)	-.0387*** (.0120)	-.0330*** (.0103)	-.0620*** (.0194)	-.0562*** (.0173)	-.0538*** (.0156)	.385 (.1470)				
Constante	-2.285 (2.041)	-.741 (1.502)	1.250 (1.139)	1.845* (1.037)	-1.927 (2.571)	-.204 (1.812)	1.996* (1.148)	2.689*** (.979)	-.611 (1.852)	.00469 (1.632)	.385 (1.470)	.620 (1.371)				
Observaciones	54	54	54	54	54	54	54	54	54	54	54	54				
R cuadrado	.780	.832	.870	.872	.756	.809	.828	.816	.842	.857	.860	.852				

Nota: En este cuadro utilizamos las siguientes variables como instrumentos de las constituciones: el origen legal de las constituciones (La Porta, López-de-Silanes y Schleiter 2008), el año de independencia (le asignamos el año 1700 a los países que nunca han sido colonizados) y dummies regionales. Errores estándares corregidos por estimador de Hubber-White entre paréntesis. Claves: *** significativo en 1%; ** 5%; * 10%

variación, menores valores de estas medidas de dispersión reflejan países con distribución más igualitaria de puntajes PISA. Como puede observarse, ambas medidas son no significativas en todas las pruebas, mientras que la variabilidad del índice ESCS y el coeficiente Gini se mantienen como los principales determinantes de la variabilidad de puntajes.

3) *Efecto sobre la distribución de la prueba PISA*: Para investigar más en profundidad el tema de la dispersión también estimamos una serie de regresiones con puntajes de las pruebas para diferentes percentiles de las distribuciones de cada país. En particular, consideramos los puntajes obtenidos por estudiantes en los percentiles 10, 25, 75 y 90 de la distribución de puntajes PISA de cada prueba. Los resultados en el cuadro 6 confirman los resumidos más arriba: la protección constitucional a la educación no se relaciona con los puntajes en ninguno de los percentiles de la distribución de puntajes considerada. Es interesante comprobar que en cada prueba la magnitud de prácticamente todos los coeficientes cae en valor absoluto al moverse desde el percentil 10 al 90. Esto podría ser indicativo de que otras variables, tales como la habilidad de los alumnos, serían relativamente más relevantes en determinar el rendimiento de los mejores alumnos en las pruebas PISA que las variables de familia, escuela y país.

4) *No linealidades e interacciones*: También exploramos si los derechos constitucionales juegan un rol interactivo para explicar las diferencias entre los países en los puntajes de las pruebas. Interactuamos los índices de derechos constitucionales con las variables de “insumos productivos” y con los atributos familiares. No encontramos ningún efecto interactivo. Asimismo, investigamos si alguna de las variables explicativas tenía un comportamiento no lineal en las regresiones sobre los puntajes en las pruebas. La única que pareció ser relevante fue el PIB per cápita (véase el cuadro 3).

5) *¿Cuándo se incluyeron los derechos en la constitución?*: Investigamos si la cantidad de años en que los derechos a la educación han estado protegidos por la carta fundamental incide en los resultados. Adoptamos dos estrategias para explorar este tema. Primero, excluimos de la muestra a los países que han otorgado rango constitucional a la protección de la educación por menos de diez años (los países sin provisiones constitucionales sí fueron considerados). Los resultados confirmaron los hallazgos antes señalados: no hay relación entre los derechos

Cuadro 7. DISPERSIÓN DE PUNTAJE PISA 2012 UTILIZANDO LA CANTIDAD DE AÑOS DESDE QUE EL DERECHO EDUCATIVO MÁS RECIENTE ENTRÓ EN VIGENCIA: ESTIMACIÓN DE VARIABLES INSTRUMENTALES (VI)

	Ciencias		Lectura		Matemáticas	
	(1)	(2)	(1)	(2)	(1)	(2)
Educación gratuita	-,00149 (,00666)	-,00541 (,00622)	,00437 (,00917)	-,00295 (,00780)	-,0000811 (,00571)	-,00167 (,00571)
Años desde última adición educativa [†]	,00000280 (,000429)	,0000996 (,000286)	-,000102 (,000565)	,0000636 (,000391)	,000207 (,000321)	,000144 (,000258)
Años desde última adición educativa	-,000504 (,000762)	-,000332 (,000502)	-,000430 (,000956)	-,000224 (,000672)	-,000717 (,000546)	-,000428 (,000422)
Índice ESCS (promedio)	,0152** (,00719)	,0162** (,00735)	,00811 (,00933)	,0119 (,00945)	-,00267 (,00515)	-,00659 (,00682)
Variabilidad índice ESCS (desviación estándar)	,0737*** (,0285)	,0637*** (,0195)	,0686 (,0417)	,0577** (,0282)	,0427* (,0229)	,0356 (,0229)
Índice de calidad de recursos educacionales	-,00823 (,00625)	-,00880 (,00639)	-,00977 (,00750)	-,00806 (,00651)	-,00102 (,00581)	-,00475 (,00586)
Índice de creatividad de activ. extracurriculares	-,0130** (,00518)	-,00754* (,00405)	-,0144*** (,00555)	-,00783* (,00471)	-,00788** (,00362)	-,00382 (,00311)
Índice de autonomía de currículo y evaluación	-,00453 (,00464)	-,00223 (,00362)	-,00871 (,00626)	-,00529 (,00471)	-,00106 (,00316)	-,000155 (,00291)
Índice Gini	—	,116*** (,0283)	—	,138*** (,0380)	—	,0850*** (,0206)
Log. PIB per cápita	—	-,255** (,101)	—	-,288** (,139)	—	-,0657 (,0796)
Log. PIB per cápita al cuadrado	—	,0125** (,00519)	—	,0138* (,00709)	—	,00324 (,00402)
Constante	,156*** (,0299)	1,408*** (,490)	,162*** (,0419)	1,609** (,679)	,169*** (,0236)	,468 (,392)
Observaciones	53	53	53	53	53	53
R cuadrado	,262	,533	,199	,503	,339	,488

[†] La variable "Años desde la última adición educativa" se interactúa aquí con la variable "Derechos constitucionales". En la segunda ocasión, abajo, entra en la regresión por sí sola, sin multiplicarse con la variable "Derechos constitucionales".

Nota: En este cuadro utilizamos las siguientes variables como instrumentos de las constituciones: el origen legal de las constituciones (La Porta, López-de-Silanes y Schleifer 2008), el año de independencia (le asignamos el año 1700 a los países que nunca han sido colonizados) y dummies regionales. Errores estándares corregidos por estimador de Hubber-White entre paréntesis. Claves: *** significativo en 1%; ** 5%; * 10%.

constitucionales y los puntajes en la prueba PISA. Segundo, agregamos la interacción entre el índice de derechos constitucionales y la cantidad de años desde la última vez en que el país agregó un derecho educativo. Puesto que el año en que la educación fue incorporada como un derecho constitucional puede también ser endógeno —los países más jóvenes, más pobres o aquellos con resultados inicialmente inferiores pueden ser más proclives a incluir la protección de la educación en sus constituciones—, agregamos instrumentos en el índice constitucional y para su interacción.²² Los resultados obtenidos para las estimaciones de las variables instrumentales se presentan en el cuadro 7. Como puede observarse, la interacción entre los derechos constitucionales y el período en que el derecho educacional más reciente ha estado vigente no es significativa en los niveles convencionales; a su vez, el nivel del índice permanece no significativo.

6) *Variables adicionales*: En varias especificaciones, incluimos otras variables que capturan los recursos educativos y las características de las familias. Debido a la colinealidad, los coeficientes de estas variables adicionales tendieron a ser no significativos, lo que no resulta sorprendente. Sin embargo, cuando sustituimos estas variables por otras de los cuadros 4 y 5, los coeficientes tuvieron el signo esperado y fueron significativos. Por ejemplo, cuando cambiamos el nivel del índice ESCS por la proporción de alumnos que asisten a escuelas socioeconómicamente desaventajadas, el coeficiente de la última variable fue positivo y significativo (0,0007), con una estadística t de 3,00. Más importante aún, cuando se utilizaron esas especificaciones alternativas, los principales hallazgos relativos a los derechos constitucionales no tuvieron cambios: obtuvimos coeficientes no significativos en todos los casos.

5. REFLEXIONES FINALES

En este artículo no encontramos evidencia que respalde la idea de que los países que incorporan el derecho a la educación en sus cartas fundamentales cuentan con sistemas educativos de mayor calidad que aquellos que no lo hacen. Más importante aún, nuestros resultados indican que no hay relación entre el grado de protección constitucional y la

²² Incluimos los mismos instrumentos que en el caso de base y sus interacciones con el año de independencia.

dispersión de los puntajes en las pruebas. Estos resultados se mantienen independientemente de si practicamos regresiones bivariadas o si controlamos variables que capturan el grado de desarrollo de los países, los insumos educativos y las características de las familias. Los resultados también son robustos respecto del método de estimación (MCO o VI), la definición del índice de derechos constitucionales, las variables agregadas a las regresiones o el año en el que fue impartida la prueba.

En un artículo relacionado (Edwards y García 2014) utilizamos un conjunto de datos bastante inusual para investigar más en profundidad este tema. Aprovechamos el hecho de que, a pesar de que la Constitución de los Estados Unidos no incluye derechos (sociales) positivos, todos los Estados de la Unión incorporan derechos educacionales en sus constituciones. La fuerza, las competencias y la especificidad de esos derechos varían de manera significativa entre Estados, lo que nos brinda la posibilidad de analizar si una protección constitucional más fuerte se traduce en mejores resultados escolares. Los resultados obtenidos en el estudio sobre los Estados Unidos vienen a confirmar los del presente artículo. No encontramos ninguna evidencia que respalde la idea de que los Estados con garantías constitucionales más extensas y sólidas en educación tengan mejores resultados educativos. Sí hallamos, en cambio, que los insumos escolares (tamaño del aula y similares) y los antecedentes socioeconómicos de las familias (educación de los padres, entre otros), explican en gran medida las diferencias en desempeño entre los diferentes Estados de esa nación.

La explicación más plausible para los resultados entre países presentados en este artículo se relaciona con la dificultad de hacer valer las disposiciones constitucionales en materia de derechos sociales. En efecto, cabe pensar que la fuerza del “canal cultural” abordado en la sección 3 dependerá del grado de protección constitucional y de los mecanismos institucionales y prácticos disponibles para materializar esos derechos.

La aplicación de los derechos sociales ha sido recientemente debatida por varios expertos legalistas. Por ejemplo, en su libro reciente, Zackin afirma que “las provisiones constitucionales deben ser judicialmente aplicables para poder efectivamente ser consideradas derechos”. Y refiriéndose a los derechos educacionales en las constituciones estatales de los Estados Unidos, se pregunta: “¿Podemos realmente denominar derechos esas provisiones educativas constitucionales a pesar de

que en su mayoría no fueron redactadas con la idea de que los ciudadanos pudieran hacer valer sus demandas personales a través de una corte judicial? ¿Pueden los mandatos sobre los gobiernos tener algún sentido a no ser que las cortes estén dispuestas a exigir su aplicación?” (2013, 92).²³

Naturalmente, este punto no se aplica sólo a los Estados Unidos. De hecho, la capacidad para los ciudadanos de hacer valer los mandatos constitucionales —y en particular, las disposiciones relativas a los derechos sociales— es muy limitada en países más pobres y de ingresos medios, ya que en ellos no hay tradición legal de revisión judicial (como en los Estados Unidos), los tribunales constitucionales son lentos y poco flexibles y las cortes carecen de independencia (Brinks y Gauri 2010; Landau 2012; Wiles 2006).

Este punto sugiere una orientación para futuras investigaciones: un esfuerzo podría centrarse en desarrollar mediciones de corte transversal entre países o índices del grado de aplicabilidad de los derechos constitucionales (tanto positivos como negativos). Otra posible línea de investigación es analizar países con reformas constitucionales en las que se hayan agregado (o ampliado) las provisiones constitucionales en materia de educación. Esto permitiría también realizar análisis de *diffs-in-diffs*, o de diferencias en diferencias, para medir el alcance efectivo de estas provisiones en permitirles a los países lograr mejores resultados educacionales. Otra línea de investigación sugerida por nuestros resultados tiene que ver con la relación entre las disposiciones constitucionales y los “insumos productivos” para la educación. El cuadro 9 sugiere, de manera preliminar, que existe una relación muy tenue y no significativa entre esas variables. Sin embargo, este punto amerita un análisis más detenido. Hay dos puntos relevantes: ¿Cómo han reaccionado los cuerpos legislativos frente a las provisiones constitucionales? ¿Se han traducido en más y mejores insumos? Un tema de investigación relacionado con este punto es averiguar si la profesión docente es diferente en países con fuertes disposiciones constitucionales en relación con otros con garantías constitucionales más tenues. A este respecto, dos variables de especial interés son la fuerza y el rol de los sindicatos de docentes y las condiciones laborales (incluidos los salarios) de los

²³ Véase también Sunstein (2004, 2006) y la literatura allí citada.

profesores. Otro tema para futuras investigaciones se refiere al potencial equilibrio entre cantidad y calidad: la mayoría de los derechos constitucionales en educación —ciertamente los tres mencionados por *Constitute Project*— se refieren a la prestación de servicios educativos y al acceso a la educación. Afirman que la educación debe ser obligatoria y gratuita y que debe existir un acceso igualitario a la educación superior, pero nada dicen sobre la calidad o la eficiencia. Un examen más acucioso de las constituciones que identifique aquellos países que mencionan de forma explícita la calidad sería útil. En efecto, en el artículo antes citado, relacionado con las constituciones estatales de los Estados Unidos, Edwards y García (2014) hallaron que aquellos Estados que mencionan de manera explícita la “eficiencia” o la “calidad” en sus constituciones tienen mejor desempeño escolar que los que no lo hacen.

La lista de temas para futuras investigaciones es larga y ambiciosa. Su abordaje podría permitir arrojar nuevas luces sobre el importante tema de la relación entre los derechos constitucionales y el desempeño social. En el intertanto, los resultados presentados en este artículo indican que, desde un punto de vista práctico, comparativo e histórico, la inclusión de provisiones constitucionales en las cartas fundamentales no es una condición necesaria o suficiente para mejorar la calidad de la educación.

APÉNDICE DE DATOS

—*Índice constitucional*: Corresponde a la suma de las tres categorías, cada una equivalente a uno si el país establece el respectivo derecho social en su constitución y a cero, en caso contrario. Estas categorías son: a) Garantía de igualdad de acceso a la educación superior; b) Educación obligatoria; y c) Educación gratuita. Fuente: www.constituteproject.org.

—*PIB per cápita*: En dólares constantes de 2005. Fuente: Indicadores de Desarrollo del Banco Mundial.

—*Variables PISA*: Puntajes medios de los países en matemáticas, lectura y ciencias para las pruebas de 2009 y 2012.

—*Variables de la escuela, del estudiante y de la familia*: Valores medios de cada país, elaborados a partir de la información entregada por los participantes en la prueba PISA:

- *Porcentaje de padres que trabajan a tiempo completo*: Valor medio de la categoría “Que trabaja a tiempo completo”. ID pregunta ST16Q01.
- *Porcentaje de familias inmigrantes*: Porcentaje de estudiantes nacidos en otro país que el de la prueba. ID pregunta ST17Q01.
- *Porcentaje de escuelas privadas*: Porcentaje calculado a partir del total de escuelas que participaron en la prueba PISA. ID pregunta SC02Q01.
- *Porcentaje de escuelas con biblioteca*: Porcentaje calculado a partir del total de escuelas que participaron en la prueba PISA. ID pregunta ST40Q01.
- *Proporción de alumnos por profesores de tiempo completo*: Proporción del número total de varones (ID pregunta SC06Q01) y niñas (ID pregunta SC06Q02) por profesores que trabajan a tiempo completo (ID pregunta SC09Q11).
- *Porcentaje de hogares con más de 100 libros*: ID pregunta ST22Q01.

—*Origen legal*: Designa el origen legal del derecho de sociedades del código mercantil de cada país. Existen cinco orígenes posibles: a) Derecho consuetudinario inglés; b) Código mercantil francés; c) Código mercantil alemán; d) Código mercantil escandinavo; e) Leyes socialistas/comunistas. Fuente: La Porta et al. (1998).

—*Año de independencia*: Equivalente a 1700 para los países que nunca fueron colonizados.

REFERENCIAS CITADAS

- Ben-Bassat, Avi & Momi Dahan. 2008. “Social Rights in the Constitution and in Practice.” *Journal of Comparative Economics* 36: 103-119.
- The Comparative Constitutions Project. <https://www.constituteproject.org/>.
- Education Commission of the States. 2000. “State Constitutions and Public Education Governance.” <http://www.ecs.org/clearinghouse/17/03/1703.htm/>.
- Edwards, Sebastián. 2010. *Left Behind: Latin America and the False Promise of Populism*. Chicago: University of Chicago Press.
- Edwards, Sebastián & Álvaro García Marín. 2014. “Social Constitutional Rights and Education: An International Comparative Study.” NBER Working Paper n.º 20475.

- Gauri, Varun & Daniel M. Brinks, eds. 2010. *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. New York: Cambridge University Press.
- Hanushek, Eric A. & Ludger Woessmann. 2010. "The Economics of International Differences in Educational Achievement." NBER Working Paper n.º 15949. <http://www.nber.org/papers/w15949/>.
- . 2015. *The Knowledge Capital of Nations: Education and Economic Growth*. Cambridge, Mass: The MIT Press.
- Qian, Yingyi & Barry Weingast. 1997. "Federalism as a Commitment to Preserving Market Incentives." *Journal of Economic Perspectives* 11 (4): 83-92.
- La Porta, Rafael, Florencio Lopez-de-Silanes & Andrei Shleifer. 2008. "The Economic Consequences of Legal Origin." *Journal of Economic Literature* 46 (2): 285-332.
- Landau, David. 2012. "Reality of Social Rights Enforcement." *The Harvard International Law Journal* 53 (1): 452-59.
- North, Douglass. 2005. *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton: Princeton University Press.
- North, Douglass & Barry Weingast. 1989. "Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England." *Journal of Economic History* 49 (4): 803-32.
- Persson, Torsten & Guido Tabellini. 2005. *The Economic Effect of Constitutions*. Cambridge, Mass: The MIT Press.
- Smith, Adam. (1776) 1904. *The Wealth of Nations*, editado por Edwin Cannan. London: Methuen & Co., Ltd. Quinta edición.
- Spiro, Peter J. 2003. "Treaties, International Law, and Constitutional Rights." *Stanford Law Review* 55 (5): 1999-2028.
- Sunstein, Cass. 2004. *The Second Bill of Rights*. Nueva York: Basic Books.
- . 2005. "Why does the American Constitution Lack Social and Economic Guarantees." En *American Exceptionalism and Human Rights*, editado por Miachel Ignatieff. Princeton: Princeton University Press.
- Wiles, Ellen. 2006. "Aspirational Principles or Enforceable Rights? The Future for Socio-Economic Rights in National Law." *American University International Law Review* 22 (1): 35-64.
- Zackin, Emily. 2013. *Looking for Rights in All the Wrong Places*. Princeton: Princeton University Press. EP

ARTÍCULO

REGULACIÓN DE CONFLICTOS DE INTERÉS Y DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS DIRECTORES EN LAS UNIVERSIDADES CHILENAS*

Ignacio Valenzuela Nieto

Abogado

RESUMEN: Este artículo analiza la lógica que puede justificar una prohibición a los fines de lucro en las universidades chilenas y los efectos que ha tenido esa prohibición en el sistema de educación superior durante las últimas décadas. Con eso en cuenta, se argumenta que las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas pueden ser eficientes y se proponen luego principios para abordarlas, inspirados en la regulación de las sociedades anónimas y la experiencia internacional. Finalmente, dichos principios se complementan con propuestas para una regulación de los deberes fiduciarios de quienes sirven en directorios universitarios, apuntando a promover

IGNACIO VALENZUELA NIETO. Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile. LLM, Columbia University. Abogado asociado en Carey. Email: imv2114@columbia.edu.

* Este artículo se encuentra basado en un trabajo del mismo autor, de mayor extensión, titulado “La prohibición a los fines de lucro y propuestas de gobierno para las universidades chilenas”, serie *Propuestas de Política Pública* 9, Centro de Estudios Públicos (mayo de 2015), http://www.cepchile.cl/1_5930/doc/la_prohibicion_a_los_fines_de_lucro_y_propuestas_de_gobierno_para_las_universid.html#.VWiaTc-9Vikp/. El autor agradece los valiosos comentarios de Harald Beyer, Claudia Allende, Peter Swords y árbitros anónimos. Sin embargo, asume que los errores que pueda contener el artículo son de su exclusiva responsabilidad.

una mayor transparencia en el funcionamiento de las universidades e incentivar la participación de personas talentosas y experimentadas en su administración.

PALABRAS CLAVE: universidad, organización sin fines de lucro, educación superior, gobierno corporativo, deberes fiduciarios, transacciones con entidades relacionadas.

RECIBIDO: marzo 2015; **ACEPTADO:** mayo 2015.

REGULATION OF CONFLICTS OF INTEREST AND FIDUCIARY DUTIES OF DIRECTORS IN CHILEAN UNIVERSITIES

ABSTRACT: *This article analyzes the logic that might justify a non-distribution constraint imposed over Chilean universities and the effects that such constraint has had in the higher education system during the last decades. Considering that particular condition, it is argued that transactions between universities and their related parties might be efficient and principles for dealing with them are then proposed, being inspired in the Chilean corporations law and the international experience. Finally, those principles are complemented with proposals for the regulation of fiduciary duties of individuals serving in universities' boards of directors, aiming to promote further transparency in the activities of universities and encourage persons with talent and experience to participate in universities' decision-making bodies.*

KEYWORDS: *university, non-profit organization, higher education, corporate governance, fiduciary duties, related party transactions.*

RECEIVED: March 2015; **ACCEPTED:** May 2015.

I. INTRODUCCIÓN:

MARCO LEGAL EXISTENTE Y CONTEXTO ACTUAL

Desde 1981, la ley obliga a las universidades chilenas a constituirse como instituciones sin fines de lucro. El artículo 15 del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 de Educación, publicado en enero de 1981, establecía que “podrán crearse universidades, las que deberán constituirse como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro”.¹ Esta condición fue replicada en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñan-

¹ Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 del Ministerio de Educación Pública del 3 de enero de 1981, “Fija normas sobre universidades”, República de Chile.

za (LOCE), publicada en marzo de 1990,² y es el principio que impera en la actualidad.

La prohibición a los fines de lucro impuesta sobre las universidades chilenas ha sido determinante en la forma en que se han desarrollado estas instituciones durante las últimas tres décadas. El marco regulatorio, que además otorgó exclusividad a las universidades para el otorgamiento de ciertos títulos, no sólo condicionó el carácter de las instituciones, sino que también la forma en que éstas buscaron los recursos que necesitaban para satisfacer una creciente demanda por los programas que ofrecían. Fue así como algunas universidades recurrieron al apoyo otorgado por sociedades con las que estaban relacionadas. Dicho método, en efecto, ha contribuido de buena manera a aumentar la cobertura de la educación superior en Chile durante las últimas décadas. Sin embargo, las transacciones con entidades relacionadas no fueron reguladas por el legislador, pudiendo, por lo tanto, prestarse para la existencia de abusos que atentan contra el mejor destino de los recursos para los respectivos proyectos universitarios. Asimismo, tampoco se establecieron reglas sobre el funcionamiento de los directorios de estas instituciones ni sobre los deberes de quienes sirvieran en ellos. Estos vacíos en nuestra legislación continúan en la actualidad, y no es prudente pensar que ellos carecen de influencia en la calidad y cobertura de la educación que Chile entrega a sus estudiantes universitarios.

Chile enfrenta un momento en que el destino de su educación superior ha sido puesto en el centro del debate público. En ese contexto, este artículo aporta algunas reflexiones sobre la prohibición a los fines de lucro en las universidades chilenas y propone formas eficientes de aplicarla, de una manera que contribuya al desarrollo de tales instituciones y promueva una mejor calidad de la educación que éstas entregan a sus estudiantes.

II. EL DESARROLLO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR EN CHILE EN EL PERÍODO 1981-2014

Un breve recuento del desarrollo del sistema de educación superior en Chile a partir de 1981, año de publicación del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 de Educación, constituye una valiosa guía para comprender

² Ver Ley 18.962 del 10 de marzo de 1990, “Ley orgánica constitucional de enseñanza”, República de Chile.

las posibles motivaciones de la regulación que rige a las universidades y sus efectos.

Antes de 1981, existían ocho universidades en Chile, de las cuales dos eran estatales y seis eran privadas. La educación superior era concebida como una responsabilidad pública, asumida por el Estado en cuanto a su financiamiento y por las mismas instituciones de educación superior en su regulación. Debido a la existencia de un financiamiento público garantizado en un contexto de autorregulación, el ordenamiento ha sido denominado de “autonomía privilegiada”.³ Con la normativa de 1981 se autorizó la creación de universidades privadas y, en cuerpos legales paralelos, se regularon nuevas instituciones de educación superior no universitarias. Estos eran los institutos profesionales y los centros de formación técnica, los que estaban impedidos de otorgar títulos reservados a las universidades. A diferencia de estas últimas, los institutos profesionales y centros de formación técnica no fueron sometidos al requisito de constituirse como personas jurídicas sin fines de lucro.

El 10 de marzo de 1990, un día antes de que el gobierno militar entregara el mando de la nación al Presidente Patricio Aylwin, se promulgó la LOCE. Esta ley introdujo un nuevo sistema de supervisión de las universidades privadas, basado en la acreditación entregada por un Consejo Superior de Educación.⁴ De acuerdo con el artículo 29 de la LOCE, el Estado reconocería oficialmente como instituciones de educación superior a las universidades, los institutos profesionales, los centros de formación técnica y otros centros de enseñanza especializada vinculados a la defensa nacional y el orden público, dependientes de instituciones del Estado, como las fuerzas armadas y Carabineros de Chile.

En dos aspectos relevantes la LOCE replicaba lo que establecía la norma de 1981. En primer lugar, el artículo 30 de dicha ley establecía que las universidades chilenas debían constituirse como corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro. Ese artículo también hacía referencia a los institutos profesionales y centros de formación técnica, los que, tal como ocurrió en 1981, quedaron libres del requisito impuesto a las universidades. En ese esquema, si se deja afuera la enseñanza universitaria, la labor central de formación de los futuros profesionales queda-

³ Ver Andrés Bernasconi y Fernando Rojas, *Informe sobre la educación superior en Chile: 1980-2003* (Santiago: Editorial Universitaria, 2004), 29.

⁴ *Ibidem*, 34.

ba entregada a los institutos profesionales, mientras que la formación de los futuros técnicos correspondería a los centros de formación técnica.

En segundo lugar, la LOCE siguió el patrón de la norma precedente al establecer que el otorgamiento del título profesional de determinadas profesiones se reservaría para las universidades (específicamente, aquellos títulos que, de acuerdo con el artículo 52 de la LOCE, requieren que la persona haya obtenido previamente el grado académico de licenciado).⁵

En 1990, y a pesar del ingreso de nuevos actores privados a partir de 1981, la cobertura de las universidades existentes era baja. Para entonces, la matrícula de educación superior en pregrado era de aproximadamente 245.600 estudiantes (de los cuales aproximadamente el 52 por ciento se encontraba matriculado en universidades),⁶ con una población entre 18 y 24 años de edad de aproximadamente 1.737.000 jóvenes.⁷ Estos datos dan cuenta de una tasa de cobertura bruta⁸ aproximada de 14 por ciento. En 1990, alrededor del 85 por ciento de los estudiantes que cursaban sus estudios de pregrado en universidades estaban inscritos en universidades que formaban parte del Consejo de Rectores de Universidades Chilenas (CRUCH).^{9, 10}

⁵ Ver Decreto con Fuerza de Ley N.º 2 del Ministerio de Educación del 2 de julio de 2010, “Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, de 2005”, República de Chile. Esta ley describe los títulos que en la actualidad se reservan a las universidades.

⁶ Servicio de Información de Educación Superior de Chile, “Evolución de la matrícula de pregrado por tipo de institución 1983-2013”, <http://www.mifuturo.cl/index.php/estudios/estructura-compendio/>.

⁷ Instituto Nacional de Estadísticas de Chile, “Chile proyecciones y estimaciones de población. Total país 1950-2050”, http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/proyecciones/Informes/MicrosoftWordInforP_T.pdf/.

⁸ La tasa de cobertura bruta se define para estos efectos como el total de personas en la educación superior como porcentaje del total de personas entre 18 y 24 años de edad.

⁹ El CRUCH es una entidad creada en 1954 que en la actualidad reúne a todas las universidades estatales y no estatales existentes antes de 1981 y aquellas que con posterioridad se formaron a partir de ellas. En abril de 2015, veinticinco universidades eran miembros del CRUCH. La referencia en este artículo a universidades privadas debe entenderse hecha, en general, a las universidades no pertenecientes al CRUCH.

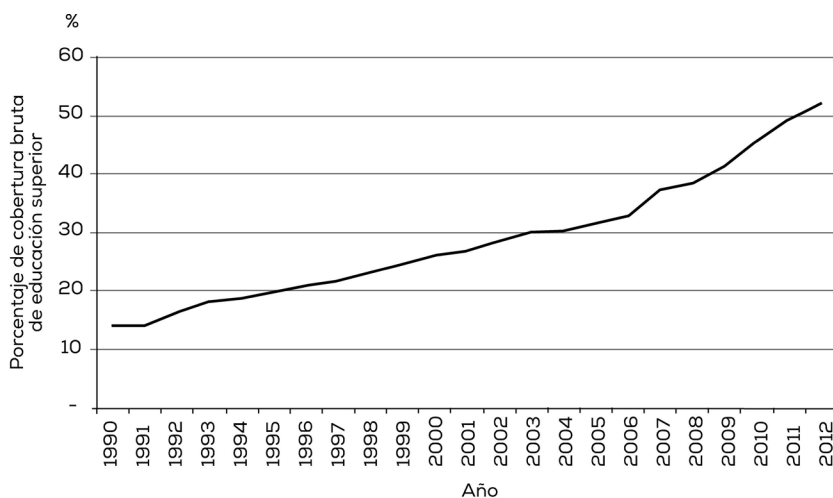
¹⁰ Servicio de Información de Educación Superior, “Evolución de la matrícula”.

Tras el fin del régimen militar en 1990, los gobiernos democráticos que lo sucedieron se encontraron con un bajo gasto público en educación y necesidades relevantes en la educación escolar. La baja cobertura de la educación secundaria fue motivo de especial preocupación. En consecuencia, los gobiernos democráticos posteriores a 1990 reasignaron los fondos públicos destinados a educación, lo que produjo una caída considerable del gasto público relativo en educación superior.

Sin embargo, desde comienzos de los años noventa, en parte debido a los buenos resultados de la economía chilena, se produjo una creciente demanda por programas de educación superior.

Los siguientes gráficos muestran el incremento de la cobertura bruta correspondiente a pregrado y la caída del gasto público directo¹¹ en educación superior en Chile, como porcentaje de su PIB, durante el período 1990-2012.

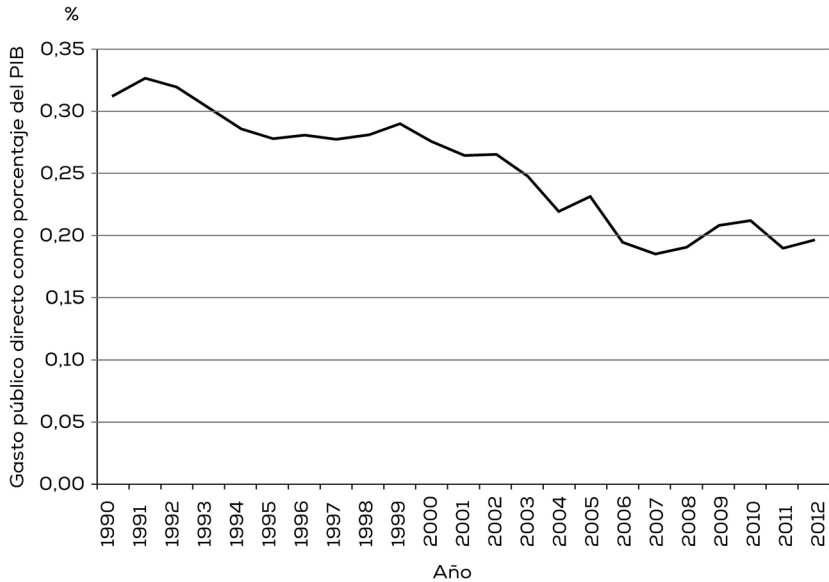
Gráfico 1. COBERTURA BRUTA EN EDUCACIÓN SUPERIOR EN CHILE PARA EL PERÍODO 1990-2012 (SÓLO CONSIDERA PREGRADO)



Fuente: Elaboración del autor en base a datos del Servicio de Información de Educación Superior y el Instituto Nacional de Estadísticas.

¹¹ El gasto público directo, en general, se destina a universidades del CRUCH, en base a criterios históricos. En la actualidad, la mayor parte de los aportes estatales que reciben las universidades privadas es por vía indirecta, en base al puntaje obtenido por sus estudiantes en la Prueba de Selección Universitaria.

Gráfico 2. GASTO PÚBLICO DIRECTO EN EDUCACIÓN SUPERIOR EN CHILE, COMO PORCENTAJE DEL PIB, PARA EL PERÍODO 1990-2012



Fuente: Dirección de Presupuesto del Gobierno de Chile.

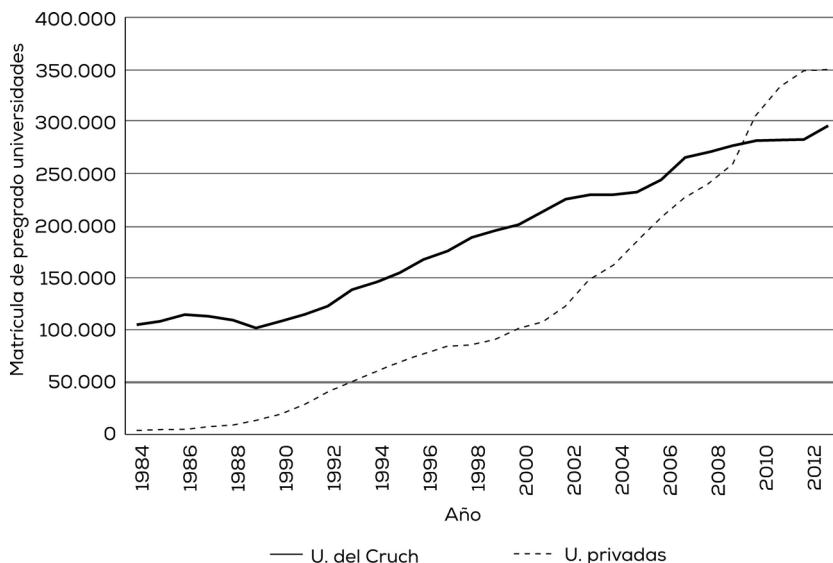
La disminución a lo largo de los años del gasto público directo relativo en educación superior y una cobertura creciente sugieren que la iniciativa privada ha sido uno de los pilares que ha permitido el crecimiento de esta cobertura.

El siguiente gráfico muestra el incremento comparado de la matrícula de pregrado de las universidades pertenecientes al CRUCH y de las universidades privadas a partir de 1984.

Las universidades privadas han crecido de manera exponencial durante los últimos 25 años y su rol sigue siendo extremadamente relevante para la educación de estudiantes provenientes de familias de diversos niveles socioeconómicos. Según datos del Ministerio de Educación, en 2014 existían 60 universidades en el país, de las cuales 35 eran privadas.¹² El número total de estudiantes de educación superior en pregrado para el mismo año ascendía a 1.144.605 (de los cuales el 56 por ciento

¹² Ministerio de Educación de Chile, “Becas y créditos 2015”, http://www.mineduc.cl/usuarios/becasycreditos/doc/201411181621000.insertoBYC_2015VF.pdf/.

Gráfico 3. EVOLUCIÓN DE LA MATRÍCULA DE PREGRADO EN LAS UNIVERSIDADES QUE FORMAN PARTE DEL CRUCH Y EN LAS UNIVERSIDADES PRIVADAS PARA EL PERÍODO 1984-2013



Fuente: Servicio de Información de Educación Superior.

correspondían a universidades),¹³ respecto de una población de entre 18 y 24 años de edad de aproximadamente 2.043.000 jóvenes.¹⁴ Estos datos dan cuenta de una tasa de cobertura bruta cercana al 56 por ciento. En 2014, aproximadamente el 47 por ciento de los estudiantes universitarios de pregrado se encontraba matriculado en universidades del CRUCH, y el 53 por ciento restante, en universidades privadas.¹⁵ Estas cifras son un valioso antecedente para comprender los profundos cambios que ha experimentado la educación superior en Chile en los últimos veinticinco años. En este contexto de transformaciones significativas no resulta sorprendente que hayan surgido problemas y nuevos desafíos.

¹³ Servicio de Información de Educación Superior de Chile, “Informe matrícula 2014”, 17 de septiembre de 2014, <http://www.mifuturo.cl/index.php/informessies/matriculados/>.

¹⁴ Instituto Nacional de Estadísticas, “Chile proyecciones y estimaciones”.

¹⁵ Servicio de Información de Educación Superior, “Informe matrícula 2014”.

III. LA LÓGICA DE LA PROHIBICIÓN DE LOS FINES DE LUCRO

La prohibición de los fines de lucro no implica que las instituciones afectadas tengan prohibida la generación de utilidades. En efecto, éstas necesitan dichos excedentes para realizar las actividades propias de su giro.¹⁶ Lo que la legislación chilena prohíbe a las personas jurídicas sin fines de lucro es la distribución de utilidades. Particularmente, lo que se prohíbe en el contexto de las universidades es la distribución o el retiro de excedentes obtenidos de las actividades universitarias y cuyo destino sean los controladores y miembros de las universidades,^{17,18} u otras personas con cargos directivos o administrativos (que no sean remuneración por sus servicios o reembolso de gastos).

No existe claridad sobre las razones que explican la opción de los legisladores chilenos por proscribir los fines de lucro en las universidades. Lo anterior se debe a la ausencia de documentos oficiales que den testimonio de los razonamientos que precedieron a los respectivos cuerpos legales de 1981 y 1990. En consideración a la distinción hecha con los institutos profesionales y centros de formación técnica (los que, como se ha señalado, no quedaron sujetos a esta prohibición), es posible que, quizás entre otras razones, se haya considerado el otorgamiento de incentivos para que las universidades emprendan en actividades de investigación, y no sólo en docentes.

¹⁶ La posibilidad de que las personas jurídicas sin fines de lucro obtengan utilidades está contemplada en el Código Civil. Ver Código Civil de Chile, artículo 557-2.

¹⁷ Ver Carlos Williamson, “Universidad y lucro”, *Estudios Públicos* 128 (2012): 149-150.

¹⁸ Para efectos de este artículo, el término “controlador” o “controladores” debe entenderse haciendo referencia a las personas o entidades que dispongan, de manera última, de los destinos de una universidad, o que ejerzan una influencia relevante en la institución. Lo anterior incluye —pero no está limitado a los mismos— a quienes han realizado aportes significativos por vía de capital o deuda en la institución y quienes designen, por vía directa o indirecta, a uno o más integrantes del directorio u órgano de administración superior de la institución. “Miembros” de las universidades, por su parte, debe entenderse para estos efectos de manera amplia, incluyendo tanto a los miembros de las corporaciones universitarias como a los fundadores u organizadores de las universidades constituidas como una fundación, cualquiera sea su denominación.

La idea de que es improbable que instituciones con fines de lucro se aboquen a actividades de investigación ha sido discutida en Chile. Según Beyer,

es importante reconocer que en el nivel terciario es casi imposible que una institución con fines de lucro sea una universidad compleja; es decir, una donde existe investigación de alto nivel y se desempeña un número elevado de docentes que no sólo hacen clases sino que investigan en asuntos de su especialidad. Las únicas instituciones de estas características son estatales o privadas sin fines de lucro. Esta realidad obedece básicamente a que crear una universidad compleja requiere de muchos recursos que sólo son posibles de obtener del erario público o de donaciones privadas. Precisamente es ese costo el que explica por qué sólo una pequeña proporción de las instituciones de educación superior en las más diversas latitudes realiza investigación avanzada.¹⁹

Estas ideas encuentran asidero en la evidencia de países con un desarrollado sistema universitario. The Carnegie Classification of Institutions of Higher Education revela que en Estados Unidos, en 2010, sólo el 6,3 por ciento de las instituciones de educación superior, que representan cerca del 28 por ciento de la matrícula total del sistema, son caracterizadas como universidades de investigación. De las consideradas como instituciones con muy alta actividad de investigación, 68 por ciento eran públicas y 32 por ciento eran privadas sin fines de lucro; mientras que de aquéllas consideradas con alta actividad de investigación, 75 por ciento eran públicas y 25 por ciento eran privadas sin fines de lucro. En estas categorías no había una sola universidad privada con fines de lucro.²⁰ Estos antecedentes sugieren que en sistemas universitarios masivos sólo un pequeño porcentaje de las universidades son instituciones complejas con niveles avanzados de investigación y programas de doctorado. En Estados Unidos al menos, dichas universidades reciben una parte importante de su financiamiento de donaciones, así como fondos gubernamentales para financiar sus actividades de investigación.

¹⁹ Harald Beyer, "La discusión sobre el lucro: ¿acento correcto?", *Revista Capital*, 18 de octubre de 2011, <http://www.brunner.cl/?p=2235> (accedida el 11 de abril de 2015).

²⁰ The Carnegie Classification of Institutions of Higher Education, <http://carnegieclassifications.iu.edu/summary/basic.php> (accedida el 5 de abril de 2015).

En Latinoamérica, el panorama de la diversidad de la educación superior no es distinto. Sobre un total de aproximadamente 3.530 universidades, cerca de 50 pueden ser caracterizadas como universidades “de investigación” o “con investigación”, y otras 130 como universidades “emergentes en la investigación”.²¹ Así las cosas, en conjunto, sólo cerca del 5,1 por ciento del total de las universidades de la región posee alguna producción relativamente continua de trabajos de investigación.

Considerando estos antecedentes, a lo que se suma la falta de una tradición filantrópica que favorezca a las universidades chilenas y la relativamente limitada disponibilidad de fondos públicos para investigación en las universidades privadas,²² es posible comprender que la idea de que una generalidad de las universidades se aboque a tareas de investigación es difícil de ser llevada a la práctica. Más aún, la exclusividad que recibieron las universidades chilenas para otorgar determinados títulos derivó en que, en cierta medida, ellas tuvieran incentivos para abandonar aspiraciones investigadoras en pos de destinar mayores recursos a actividades de docencia. En efecto, según la misma caracterización referida para las universidades latinoamericanas, en Chile, de un total de 60 universidades existentes, sólo 3 son caracterizadas como universidades “de investigación” o “con investigación”, y otras 13 como universidades “emergentes en la investigación”.²³

Adicionalmente, la experiencia en países desarrollados muestra que las universidades que desarrollan muchas actividades de investigación tienen menos estudiantes que sus pares que no han tomado esa opción (o, al menos, no con la misma intensidad) y, ciertamente, mu-

²¹ Ver José Joaquín Brunner y Cristóbal Villalobos, *Políticas de educación superior en Iberoamérica, 2009-2013* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014), 27-29. Los datos aquí presentados han sido adaptados a partir de los indicados en aquel trabajo. La caracterización se ha realizado en base al número total de documentos publicados por cada universidad en revistas académicas indizadas en Scopus entre los años 2008 y 2012.

²² En 2014, el 93,9 por ciento de los fondos de investigación Conicyt fueron entregados a universidades del CRUCh (estatales y no estatales). Ver Contraloría General de la República de Chile, “Financiamiento fiscal a la educación superior 2014”, http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Bases/Contabilidad/Universidades_del_Estado/Estudios/2014/FFES.pdf/.

²³ Brunner y Villalobos, *Políticas de educación superior*, 27.

chos menos estudiantes que las universidades chilenas, especialmente en pregrado.²⁴

Haya sido o no el fomento de la investigación una de las motivaciones que originalmente tuvieron los legisladores para imponer una prohibición a la distribución o retiro de excedentes impuesta sobre las universidades y sus miembros, hay otros buenos argumentos que en la actualidad justifican esa alternativa. Entre ellos se cuentan (i) las asimetrías de información que se generan entre las universidades y sus estudiantes, a causa de que los estudiantes carecen de las herramientas para comprender las consecuencias particulares que para ellos tiene seguir un programa de estudios; (ii) la remoción de incentivos para que las universidades capten alumnos en exceso de aquellos a los que pueden entregar educación de buena calidad; (iii) el alto costo de cambiar de programas de estudio y la larga duración de las carreras,²⁵ lo que posiblemente lleve a los estudiantes a preferir universidades que estén obligadas a reinvertir sus utilidades por sobre aquellas enfocadas en obtener un mayor beneficio privado para sus dueños; y (iv) la experiencia de países donde se permite la educación universitaria con fines de lucro

²⁴ Por ejemplo, en 2014, la matrícula de la Universidad de Columbia era de aproximadamente 8.600 alumnos en programas de pregrado y 18.900 en programas de postgrado y escuelas profesionales; en Harvard, era de aproximadamente 6.700 alumnos en programas de pregrado y 14.500 en programas de postgrado y escuelas profesionales; y en Yale, era de aproximadamente 5.400 alumnos en programas de pregrado y 6.500 en programas de postgrado y escuelas profesionales. Todas estas universidades son privadas y sin fines de lucro y, de acuerdo con The Carnegie Classification of Institutions of Higher Education, todas son caracterizadas como universidades de investigación del más alto nivel. Estas cifras contrastan con los aproximadamente 30.900 estudiantes de pregrado y 8.000 estudiantes de postgrado matriculados en la Universidad de Chile (2013), los aproximadamente 22.700 estudiantes de pregrado y 4.700 estudiantes de postgrado matriculados en la Pontificia Universidad Católica de Chile (2014), y los aproximadamente 34.500 alumnos de pregrado y 4.100 estudiantes de postgrado matriculados en la Universidad Nacional Andrés Bello (2013) (todos los datos sobre matrícula han sido obtenidos de los sitios web de las respectivas universidades, el 15 de febrero de 2015).

²⁵ Según datos para el año 2012, las carreras en Chile duran en promedio 6,3 años, mientras que la duración promedio de las carreras para los países miembros de la OECD es de 4,3 años. Ver presentación “Estados financieros 2012 de las instituciones de educación superior”, <http://www.mifuturo.cl/index.php/2013-03-06-18-20-53/noticias/312-mineduc-entrega-informacion-financiera-de-las-instituciones> (accedida el 10 de abril de 2015).

(como Estados Unidos y Brasil), que algunos califican como desalentadora.²⁶

Con lo anterior no se quiere negar la posibilidad de que prestadores con fines de lucro, en la medida en que estén sujetos a un minucioso monitoreo estatal de sus actividades, examen de los resultados de la educación que entregan (campo en el que Brasil y Colombia están haciendo considerables esfuerzos, evaluando a los estudiantes antes y después de sus programas de estudio)²⁷ y amplia difusión de información pertinente, puedan contribuir al sistema universitario con programas que se adapten a las necesidades de la población. Estos podrían ofrecer, por ejemplo, alternativas de estudio a quienes no les resulta posible o conveniente seguir el modelo tradicional de enseñanza universitaria, a través de programas flexibles o cursos en línea. Incluso el argumento según el cual sólo prestadores sin fines de lucro se dedicarán a actividades de investigación puede ser rebatido. Tener fines de lucro no ha sido obstáculo para que industrias como la farmacéutica, aeroespacial, de

²⁶ Un estudio afirma que, en Estados Unidos, los estudiantes de instituciones de educación superior con fines de lucro tienen un mayor desempleo y menores ingresos por empleos que sus pares que asistieron a instituciones públicas o sin fines de lucro, transcurridos seis años del ingreso a sus programas de estudio. Indica, además, que los primeros muestran un considerable menor cumplimiento en el pago de sus deudas universitarias que los segundos. Ver David J. Deming et al. “The For-Profit Postsecondary School Sector: Nimble Critters or Agile Predators?”, National Bureau of Economic Research, Working Paper 17710 (2011): 3, <http://www.nber.org/papers/w17710.pdf/>. En ese mismo país, un reporte de un comité del Congreso, publicado en 2012, reveló que instituciones de educación superior con fines de lucro destinaron el 22 por ciento de sus ingresos para marketing, publicidad, reclutamiento y admisiones, y sólo el 18 por ciento de tales ingresos para la enseñanza de sus alumnos. Ver “Special Report: Universities”, *The Economist*, 28 de marzo de 2015. En Estados Unidos han sido también frecuentes acciones de protección al consumidor por fraudes y abusos por parte de operadores de establecimientos de educación superior con fines de lucro, entre otras acciones e investigaciones relativas a dichos operadores iniciadas por autoridades gubernamentales. Ver Kevin Kinser, “The Rise and Fall of For-Profit Higher Education”, The Nelson A. Rockefeller Institute of Government (2011), http://www.rockinst.org/observations/kinserk/2011-08-for-profit_higher-ed.aspx. Respecto de Brasil, en tanto, se ha afirmado que el aumento de la regulación estatal en la educación superior, motivada por el ingreso de prestadores con fines de lucro, ha producido una intervención altamente centralizada y politizada. Ver Claudio Rama, “La educación superior privada en Brasil”, *Revista Histedbr On-Line* 11, n.º 44 (2011): 6, <https://www.fe.unicamp.br/revistas/ged/histedbr/article/view/3118/2773/>.

²⁷ Ver *The Economist*, “Special Report”.

tecnología o salud realicen investigación al más alto nivel (aunque esas industrias, a diferencia de las universidades, dependen casi enteramente de su capacidad de innovar). Para que ello ocurra, sin embargo, es muy probable que el Estado tenga que financiar de manera importante las iniciativas de investigación de las universidades privadas.

Las universidades con fines de lucro son un fenómeno relativamente reciente, por lo que se carece todavía de la experiencia suficiente para extrapolar su evolución futura. En cualquier caso, existen buenas razones que respaldan la idea de que las instituciones de educación superior sin fines de lucro no sólo deberían permitirse, sino también promoverse. El interés público envuelto en la educación de los ciudadanos y las razones previamente señaladas son argumentos sólidos para permitir, mantener y legislar sobre el funcionamiento de universidades sin fines de lucro.²⁸

Asumiendo entonces que las instituciones sin fines de lucro son deseables en la educación superior (aunque no sea de manera exclusiva), se analiza a continuación cómo, considerando la situación actual en Chile, debiera aplicarse la prohibición al retiro de excedentes. El foco principal serán las transacciones que las universidades llevan a cabo con sus entidades relacionadas y propuestas sobre los estándares para regir los deberes fiduciarios de los directores de universidades.

IV. TRANSACCIONES CON ENTIDADES RELACIONADAS QUE INVOLUCRAN A UNIVERSIDADES SIN FINES DE LUCRO

A. ¿Deberían permitirse las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas?

En la actualidad no existen normas legales directamente dirigidas a hacer cumplir la prohibición de retiro de excedentes que afecta a las universidades chilenas. Sin perjuicio de lo anterior, la ley le confiere

²⁸ Para una discusión más extensa sobre razones que justifican una prohibición de los fines de lucro en las universidades, y educación superior con fines de lucro, ver Ignacio Valenzuela, “La prohibición a los fines de lucro y propuestas de gobierno para las universidades chilenas”, serie *Propuestas de Política Pública* 9, Centro de Estudios Públicos (mayo de 2015), http://www.cepchile.cl/1_5930/doc/la_prohibicion_a_los_fines_de_lucro_y_propuestas_de_gobierno_para_las_universid.html#.VWiaTc9Vikp/.

al Ministerio de Educación la autoridad para cancelar la personalidad jurídica de las universidades que, entre otras faltas, no cumplan con sus objetivos estatutarios o incurrieren en infracciones graves a sus estatutos, así como la tarea de velar por el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias que regulan la educación superior.²⁹ Se trata de mandatos que caben dentro de la descripción general de las labores de dicho ministerio, el que, sin embargo, no se encuentra dotado de las atribuciones y recursos que en la práctica son necesarios para fiscalizar el cumplimiento de la prohibición de retiro de excedentes (especialmente, si se considera que la violación de esta prohibición puede involucrar transacciones complejas con entidades cuya supervisión excede el ámbito de autoridad del Ministerio de Educación).

Se ha sostenido reiteradamente en las últimas décadas que algunos controladores de las universidades chilenas, recurriendo a transacciones con entidades relacionadas, obtienen injustamente utilidades que provienen de las actividades de las universidades. Las normas legales aplicables a las universidades no prohíben las transacciones entre éstas y sus entidades relacionadas. Sin embargo, en la medida en que estas transacciones impliquen condiciones inequitativas para la universidad, a través de ellas se puede transgredir el espíritu de la ley, pues por vía indirecta se vulnera la prohibición al retiro de excedentes. Lo anterior, porque las entidades relacionadas a las universidades no se encuentran afectas a esa prohibición.

El objetivo de las transacciones con entidades relacionadas es la provisión de todo tipo de bienes y servicios a cambio de una compensación. Estos bienes y servicios pueden ser provistos por las entidades relacionadas a la universidad, efectuando esta última un pago; o por la universidad a las entidades relacionadas, las que efectúan un pago a la universidad. Si bien la primera modalidad es la que genera riesgos para el retiro indebido de excedentes de las universidades; en realidad, ambas modalidades son relevantes, en cuanto, al existir un conflicto de interés, cualquiera de ellas puede perjudicar a la univer-

²⁹ Ver artículo 64 del Decreto con Fuerza de Ley N.º 2 del Ministerio de Educación de 2010, y artículos 2 y 8 de la Ley 18.956 del 8 de marzo de 1990, “Reestructura el Ministerio de Educación Pública”, República de Chile.

sidad.³⁰ Una parte importante de las transacciones que las universidades realizan con sus entidades relacionadas son operaciones entre la universidad e inmobiliarias ligadas a los controladores de la misma, las que construyen o adquieren edificios para uso de la universidad que luego son arrendados a esta última. Estas transacciones son altamente relevantes para las universidades, puesto que las instituciones requieren de dichos inmuebles para realizar sus actividades rutinarias. Las transacciones que celebran las universidades con sus entidades relacionadas (sea que involucren inmuebles, asesorías u otros bienes o servicios) no necesariamente son realizadas a valores de mercado, y de ahí que son una vía para permitir la transferencia de utilidades desde la universidad a sus controladores.

Por lo general, cuando se habla de transacciones con entidades relacionadas en el caso de las universidades, deben considerarse las operaciones entre esta institución de educación superior y cualquier persona natural o jurídica que ejerza respecto de ella una influencia relevante, sea por su condición de miembro o bien por ser integrante de sus órganos de administración. La generalidad de las veces, se tratará de transacciones con entidades que están bajo el mismo control que la universidad.

Las normas que de manera específica regulan la constitución y funcionamiento de las universidades no tratan las transacciones entre éstas y sus entidades relacionadas. Por su parte, la regulación de las personas jurídicas sin fines de lucro —contenida en el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, cuyas reglas se aplican supletoriamente a las universidades—³¹ contiene sólo una norma que (de manera muy limitada) trata uno de los aspectos descritos en el párrafo anterior. Dicha regla prescribe que los directores de instituciones sin fines de lucro ejercerán

³⁰ Según información entregada por el Ministerio de Educación el año 2012, el 90 por ciento de las universidades del país manifestaron tener vínculos con entidades relacionadas. El año 2011, las universidades del CRUCH reportaron 170 transacciones con entidades relacionadas, mientras que las universidades privadas reportaron 176 transacciones de ese tipo. Ver “El 90% de las instituciones de educación superior mantiene empresas relacionadas”, *La Tercera*, 21 de agosto de 2012, <http://www.latercera.com/noticia/educacion/2012/08/657-479239-9-mineduc-el-90-de-las-instituciones-de-educacion-superior-mantiene-empresas.shtml> (accedida el 10 de abril de 2015).

³¹ Ver artículos 30 y 84 de la Ley 18.962 de 1990.

su cargo gratuitamente, pero pueden ser retribuidos por otros servicios que presten a la organización.³²

Puede pensarse que la omisión de una regulación sobre las transacciones con entidades relacionadas llevadas a cabo por las universidades chilenas (o una ausencia de prohibición) correspondió, en su momento, a un error de los legisladores. Sea o no de tal manera, en una época de creciente debate público sobre la educación, una definición esencial es si estas prácticas son valiosas desde un punto de vista social y si, según ello, deben o no ser permitidas.

Por un lado, hay quienes sostienen que, en atención a que las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas dan lugar a repartos encubiertos de utilidades, violando si no la letra, al menos el espíritu de la ley, éstas debieran derechamente prohibirse. Se ha argumentado que los controladores de las universidades, en lugar de arrendar a estas últimas los inmuebles que utilizan, debieran escoger entre mantener el control de la universidad o quedarse con el control de la sociedad relacionada. Así —se propone— no se desalentarían los intercambios, sino que los conflictos de interés con los que estos se realizan, y existiría, además, una separación entre las instituciones de transmisión cultural (como es el caso de las universidades) de los negocios puramente mercantiles.³³ Si la opción es prohibir las transacciones con entidades relacionadas, otra forma de implementar la prohibición es mediante la transferencia forzosa de los activos que arriendan las universidades a estas últimas.

Por otro lado, puede argumentarse que, puesto que en Chile las donaciones no han constituido una fuente importante de recaudación de fondos para las universidades, y las universidades privadas no han recibido, por lo general, recursos públicos de manera directa, el financiamiento a través de entidades relacionadas ha sido clave para el desarrollo de los planes de inversión de tales universidades. Estos planes les han permitido expandir su oferta de carreras, en línea con la creciente demanda por parte de los estudiantes. Así, hay quienes han sostenido que detrás de la falta de regulación relativa a las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas habría “un propósito claro de permitir que los distintos factores, particularmente el capital neces-

³² Ver Código Civil de Chile, artículo 551-1.

³³ Ver Carlos Peña, “La universidad y el lucro: cómo impedirlo y por qué”, *Estudios Públicos* 128 (2012): 130.

rio para desarrollar la infraestructura, fuera remunerado”.³⁴ Se menciona que “no proveyéndola el Estado mediante su intervención directa, si no se hubiera permitido la remuneración de los distintos factores, habría sido inviable el crecimiento de infraestructura y el aumento de oferta universitaria”.³⁵ Se ha señalado también que, debido a la escasa filantropía, las fuentes de financiamiento para las universidades privadas han sido el endeudamiento (de difícil acceso para las universidades y modesto atendido el volumen de recursos que se requieren) o el apoyo de sociedades relacionadas.³⁶ Así, “quizás por ello la legislación chilena no estableció mayores exigencias a las formas en que las universidades allegaban recursos, estableciendo sólo principios generales como que las corporaciones universitarias no podían tener fines de lucro”.³⁷

Considerando los costos y beneficios que cada posición en el debate conlleva, existen razones teóricas y prácticas para respaldar la idea de que permitir estas transacciones —con limitaciones— es la solución más eficiente. Entre ellas, cabe mencionar las siguientes:

1. *El conocimiento lleva a resultados eficientes.* Las entidades vinculadas al control de una universidad tienen una comprensión privilegiada de la forma en que esta última opera; esto es, de sus necesidades, potencialidades y la mejor forma de asignar sus recursos. Saben cuándo y en qué medida algo es conveniente o necesario. Más aún, las universidades pueden reducir de manera significativa sus costos de transacción cuando operan con sus entidades relacionadas.³⁸ De esta manera lo explican Fishman y Schwarz:

¿No sería una prohibición contra cualquier conflicto de interés por parte de las instituciones sin fines de lucro demasiado se-

³⁴ Ricardo Paredes, “Universidad y lucro o el dilema de la cobertura”, *Estudios Públicos* 128 (2012): 182.

³⁵ Ídem.

³⁶ Ver Harald Beyer, “Una agenda para la educación superior”, Centro de Estudios Públicos, Documento de Trabajo 390 (enero 2013): 5, http://www.cepchile.cl/dms/archivo_5235_3352/HBeyer_presentacion.pdf/.

³⁷ Ídem.

³⁸ En este sentido, Williamson sostiene que “el modelo de sociedades relacionadas puede ser virtuoso para la gestión universitaria y la promoción de desarrollos innovadores en educación, ciencia y tecnología”. Ver Williamson, “Universidad y lucro”, 153.

vera, al incluir útiles transacciones con entidades relacionadas que las instituciones sin fines de lucro, especialmente las más pequeñas, necesitan para sobrevivir? Una prohibición absoluta ignora la realidad de gran parte del sector sin fines de lucro (...). Las transacciones con entidades relacionadas son eficientes. Los costos de transacción son bajos. Los directores interesados podrían prestar dinero o proveer servicios o hacer negocios con una institución sin fines de lucro a menores costos porque, mejor que cualquier otro, conocen a la organización (...). Una institución sin fines de lucro perdería frecuentemente ventajosas oportunidades, que de otra manera le estarían disponibles, si se le prohibiera completamente realizar cualquier transacción con cualesquiera de sus directores o entidades en que los directores tienen interés.³⁹

2. *Falta de otros métodos para obtener financiamiento.* A diferencia de la situación en Estados Unidos, donde es común que las universidades privadas mantengan *endowments* provenientes de donaciones y reciban considerables aportes estatales para investigación, las universidades chilenas no obtienen mucho de la filantropía⁴⁰ y los recursos públicos que reciben las universidades privadas han sido relativamente limitados. En ese escenario adverso, las entidades relacionadas a las universidades han obtenido históricamente valiosos financiamientos de bajo costo, los que han sido utilizados para cubrir las necesidades de tales universidades. Beyer sostiene que, siendo las universidades (al menos en su fase inicial) deudoras poco atractivas (por su condi-

³⁹ James J. Fishman y Stephen Schwarz, *Cases and Materials on Nonprofit Organizations* (New York: Foundation Press, 1995), 221.

⁴⁰ Sólo en el año académico 2012-2013, los *colleges* y universidades de Estados Unidos recibieron 33.800 millones de dólares en donaciones. La Universidad de Stanford por sí sola logró en ese mismo período reunir 931,6 millones (todas las cifras en dólares de Estados Unidos). Ver “Colleges Raise Record \$33.8 Billion Exceeding U.S. Peak in 2009”, *Bloomberg*, 12 de febrero de 2014, <http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-02-12/college-donations-rise-to-record-as-stocks-gain-fueled-giving> (accedida el 28 de febrero de 2015). En contraste, el monto anual promedio donado a universidades chilenas bajo franquicias tributarias entre los años 2007 y 2010 fue del orden de 18 mil millones de pesos (a valor del año 2010). Estos aportes, por lo demás, se concentran en un reducido grupo de instituciones. Ver Ernesto Vargas y Claudia Martínez, “Evaluación del sistema de franquicias tributarias para donaciones a universidades en Chile”, *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas* 12 (2012): 6-8, <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/aa496d822815db1c812d016694dc5ee46c98e685.pdf/>.

ción de instituciones sin fines de lucro), el endeudamiento directo no ha resultado una fórmula de financiamiento relevante. En cambio, las entidades relacionadas han tenido más capacidad de conseguir financiamiento, puesto que han podido ofrecer garantías más confiables que las propias universidades (incluso con avales de personas naturales).⁴¹ Ello facilitó “la obtención de créditos o aportes de capital que permitieron, por ejemplo, desarrollar los planes de inversión necesarios para que las universidades pudieran atender a los estudiantes que se matriculaban en sus programas”.⁴² Beyer agrega que la flexibilidad que se ha producido por falta de una regulación detallada, “mirado retrospectivamente, (...) ha sido útil, porque ha permitido satisfacer más rápido la demanda por acceso a la educación superior”⁴³ y que la posibilidad de obtener financiamiento a través de terceros “ha sido instrumental a la aspiración política transversal de aumentar la cobertura en educación superior”.⁴⁴

3. *Elevado costo de transferencia de inmuebles desde las entidades relacionadas a las universidades.* La infraestructura utilizada por muchas universidades pertenece a entidades relacionadas que obtuvieron financiamiento para su construcción o adquisición. Una prohibición total a las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas obligaría a que se realizara la transferencia forzosa de los inmuebles de propiedad de las entidades relacionadas a las universidades que los utilizan o, alternativamente, a requerir que la entidad relacionada transfiera los inmuebles a un tercero no relacionado (o, lo que es equivalente, que los controladores enajenen su participación en la entidad relacionada). Si la primera fuera la alternativa escogida, considerando las significativas inversiones realizadas por las entidades relacionadas en infraestructura y equipamiento, cabe anticipar que las transferencias serían numerosas y de montos relevantes. Naturalmente, las universidades no pueden correr el riesgo de perder las instalaciones que utilizan para sus actividades cotidianas, las que, de no mediar

⁴¹ Ver Beyer, “Una agenda”, 5.

⁴² Ídem. Además, Beyer aporta como evidencia que, según antecedentes del Consejo Nacional de Educación, entre 1997 y 2007, la infraestructura de las universidades chilenas privadas habría crecido en 311 por ciento, mientras que la de las universidades del CRUCH lo hizo sólo en 21 por ciento (ibídem, 4).

⁴³ Ibídem, 5.

⁴⁴ Ídem.

nuevos proyectos o circunstancias extraordinarias, seguirán siendo las más propicias para desarrollar su actividad. Esta situación pondría a las entidades relacionadas propietarias de los inmuebles en una posición privilegiada a la hora de negociar con las universidades las condiciones para la transferencia. Es así posible que, finalmente, esas transacciones no se realicen a valor de mercado, riesgo que justifica que las mismas sean reguladas. Sin embargo, ello no agota el problema, pues también habría que determinar el precio de referencia que se utilizará para las transferencias (¿valor de libro?, ¿valor actual?, ¿valor esperado en el futuro?, ¿a qué plazo?).⁴⁵ La alternativa de transferir las propiedades a terceros no relacionados no parece ser una mejor solución. Ello porque esta opción también pondría a la universidad en la posición incómoda de tener que negociar con terceros el arriendo de activos que son esenciales para su funcionamiento, y donde los costos de recurrir a cualquier solución alternativa (como trasladar la universidad a otro lugar) pueden ser extraordinariamente elevados.^{46, 47}

B. Marco jurídico propuesto para regular las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas.

Durante el gobierno del Presidente Sebastián Piñera, el Ministerio de Educación preparó un proyecto de ley que fue enviado al Congreso, el cual proponía la creación de una Superintendencia de Educación Superior y la regulación de materias relativas al gobierno de las universidades (en adelante, el “proyecto de ley”).⁴⁸ Esa propuesta adoptó un enfoque que, sin prohibir las transacciones entre las universidades y

⁴⁵ Ver Williamson, “Universidad y lucro”, 151-152.

⁴⁶ Ídem.

⁴⁷ Es importante considerar que en enero de 2015 el Congreso de Chile aprobó un proyecto de ley que prescribe que los colegios que reciben subvención estatal, dentro de un cierto plazo, deberán convertirse en corporaciones sin fines de lucro e incorporar a su propiedad los inmuebles que utilizan, recibirlos en comodato o, bien, arrendarlos a un tercero no relacionado o sin fines de lucro. Para una propuesta de implementación de una regla semejante en las universidades, para el caso que el Gobierno opte nuevamente por estas ideas en un futuro proyecto de ley referido a esas instituciones, ver Valenzuela, “La prohibición”, 24-25.

⁴⁸ Ver Presidencia de la República de Chile, “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación Superior (Mensaje N.º 277-359)”, 10 de noviembre de 2011.

sus entidades relacionadas, las restringía. Los fundamentos de muchas de las normas contenidas en el proyecto de ley fueron tomados del título XVI de la Ley 18.046 del 22 de octubre de 1981 (la “Ley sobre sociedades anónimas”), que impone restricciones considerables a las sociedades anónimas abiertas para realizar operaciones con sus partes relacionadas. El proyecto de ley fue retirado del Congreso durante las primeras semanas del gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet.

Habiendo ya analizado por qué permitir y restringir las transacciones con entidades relacionadas es una mejor solución que prohibirlas, es importante establecer los principios que debieran orientar una futura reglamentación de dichos asuntos. El proyecto de ley tenía un enfoque en la dirección correcta. En atención a que, en la práctica, el Ministerio de Educación carece de las atribuciones y los recursos necesarios para fiscalizar adecuadamente a las universidades en el cumplimiento de la ley, un organismo especializado dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, como la Superintendencia de Educación Superior propuesta en el proyecto de ley, resulta necesario para llevar adelante labores de monitoreo de las instituciones de educación superior, incluyendo velar por el cumplimiento de la prohibición al reparto de excedentes impuesta sobre las universidades. Las propuestas mencionadas más adelante consideran la existencia de una autoridad de ese tipo. Además de crear la mencionada autoridad, y con respecto a las transacciones con entidades relacionadas, el mérito de los autores del proyecto de ley está en que, primero, identificaron que las transacciones con entidades relacionadas son un medio a través del cual las universidades pueden eludir la prohibición al reparto de excedentes impuesta por la legislación; segundo, concluyeron que, en vez de prohibir dichas transacciones, resultaba más realista y eficiente limitarlas; y, por último, hicieron esfuerzos por adaptar a la realidad de las universidades las normas que, desde hace algunos años, rigen las transacciones con entidades relacionadas en entidades sofisticadas, como las sociedades anónimas abiertas. Dichas normas, incorporadas a la legislación el año 2009,⁴⁹ son familia-

⁴⁹ Las normas que regulan las operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas se encuentran en el título XVI de la Ley 18.046 del 22 de octubre de 1981, “Ley sobre sociedades anónimas”; las que fueron incorporadas por la Ley 20.382 del 20 de octubre de 2009, “Introduce perfeccionamientos a la normativa que regula los gobiernos corporativos de las empresas”, ambas de la República de Chile.

res tanto para organismos gubernamentales como para quienes asesoran a las entidades fiscalizadas, por lo que se facilita así la comprensión y aplicación de los nuevos mandatos por parte de la comunidad jurídica en un tema que es complejo.

Sería valioso que una nueva iniciativa legislativa adopte algunas de las ideas incorporadas en este proyecto de ley, especialmente, la creación de un organismo especializado de fiscalización, como la Superintendencia de Educación Superior; la regulación de transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas; y la imposición de un marco que regule la responsabilidad de los directores de universidades. Al diseñar e implementar dichas normas, habría que tomar en cuenta que, a diferencia de las grandes empresas, donde la relación de agencia se establece entre los accionistas y el directorio, en las organizaciones sin fines de lucro dicha relación se da entre la misión de la institución (y, tal vez, entre los miembros del público a quienes la institución intenta beneficiar) y su directorio.⁵⁰ Esta particular condición requiere la existencia de resguardos especiales, de manera de asegurar que las instituciones cumplan con sus respectivos fines.

Considerando los objetivos antes mencionados, y sobre la base de la experiencia que ha existido en la regulación de las sociedades anónimas abiertas chilenas, se describen a continuación principios que podrían inspirar una futura iniciativa legislativa tendiente a regular las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas:

1. *Requerimiento de contar con directores independientes.* La independencia del directorio es un primer paso necesario si lo que se busca es un proceso de deliberación más transparente y exhaustivo. El requisito de independencia podría concebirse tanto como una pauta para todos los directores designados acerca de la conducta que de ellos se espera, como un requisito que exija que algunos de los directores de la universidad sean independientes de sus controladores o de cualquier

⁵⁰ Para los efectos de este artículo, debe entenderse por “directorio” cualquier órgano colegiado en el que resida la dirección y administración superior de la universidad respectiva, cualquiera sea su designación (como “Consejo Superior Directivo”, “Junta Directiva”, “Consejo Directivo” u otra), y sin importar si la universidad se ha constituido como fundación o corporación. Por “director”, en tanto, debe entenderse cualquier persona que haya sido designada para ocupar un lugar en dicho órgano.

otra persona, entidad o grupo con capacidad para influir en los asuntos de la misma.

La primera parte de este requisito ya ha sido abordado en la Ley sobre Sociedades Anónimas. El artículo 39 de dicho cuerpo legal establece que “los directores elegidos por un grupo o clase de accionistas tienen los mismos deberes para con la sociedad y los demás accionistas que los directores restantes, no pudiendo faltar a éstos y a aquélla a pretexto de defender los intereses de quienes los eligieron”.⁵¹ Esta declaración no existe en ninguna de las normativas que se aplican a las instituciones sin fines de lucro o en cualquier otra normativa referida a las universidades, aunque sí fue considerada por los autores del proyecto de ley. Adoptar un mandato de independencia como el anterior en una futura propuesta referida al gobierno universitario dejará en claro a los directores que sus deberes son para con la universidad, su misión y las personas a quienes ésta busca beneficiar, y no para con quienes los han designado o han promovido su designación.

La segunda parte del requisito de independencia encuentra también fundamento en la Ley sobre Sociedades Anónimas⁵² e, igualmente, fue considerado en el proyecto de ley. Este último establecía que el directorio de las universidades que no tengan carácter estatal debería estar integrado al menos por tres miembros independientes. Se entregaban, asimismo, reglas para determinar quiénes no se considerarían para estos efectos independientes, las que apuntaban, en general, a quienes por relaciones patrimoniales, fiduciarias o familiares compartan o hayan compartido intereses con los controladores de la universidad. Lo anterior es un enfoque razonable que, si está adecuadamente asociado con los *quorum* de aprobación, otorga a la institución una protección considerable al momento de contratar con entidades relacionadas.

Durante las discusiones en torno al proyecto de ley, se criticó que el requisito de contar con miembros independientes en el directorio de las universidades no realizaría la plenitud de sus objetivos, ya que para

⁵¹ Ley 18.046 de 1981.

⁵² El artículo 50 bis de la Ley sobre Sociedades Anónimas establece que las sociedades anónimas abiertas que cumplan con ciertas condiciones de patrimonio bursátil y estructura accionaria deberán designar al menos un director independiente y un comité de directores, formado por tres directores, la mayoría de los cuales (o al menos uno de ellos, si no hubiera más) deberá ser independiente. Ver Ley 18.046 de 1981.

dichos directores podría ser muy difícil entender las repercusiones de las decisiones adoptadas por el directorio en la gestión de la universidad y, particularmente, en la educación que la universidad entrega a sus estudiantes. Esta crítica hace sentido si consideramos que en las sociedades comerciales se dispone usualmente de detallados indicadores financieros y de desempeño, y en las sociedades anónimas abiertas (por el interés general que tienen) dicha información es auditada y está sujeta al escrutinio de autoridades fiscalizadoras, operadores de mercados bursátiles, asesores financieros y el público en general. Todo lo anterior facilita la labor de los directores de sociedades. Sin embargo, cuando se trata de las universidades, por la naturaleza de los servicios que prestan, la evaluación de su desempeño es sumamente compleja, y el escrutinio al que está sometida la información financiera con la que se cuenta por parte de personas o entidades independientes de sus controladores, si lo hubiera, es limitado.⁵³ Esto supondría una pesada carga para los directores independientes, quienes no tendrían, por sí solos, la autoridad para asignar recursos del directorio a la recopilación y análisis de información relevante relativa a la gestión de la universidad. Ello es especialmente importante en el caso de las transacciones con entidades relacionadas (por ejemplo, es probable que si una universidad compra materiales educativos a una entidad relacionada, a un director independiente le sería extremadamente difícil determinar si se está pagando un precio justo por ellos o evaluar su calidad y contribución al proceso de aprendizaje de los estudiantes que los utilizan). Debido a que estos problemas están íntimamente ligados a las características especiales de los servicios que las universidades entregan a la sociedad (cuya calidad se mide en el largo plazo), es esencial dotar a los directores independientes de las herramientas necesarias para evaluar las condiciones, el riesgo y los efectos de las decisiones que enfrentan los directorios universitarios.

Una vez más, la regulación de las sociedades anónimas entrega una valiosa solución, que no fue contemplada en el proyecto de ley.

⁵³ Según el artículo 114 del Decreto con Fuerza de Ley N.º 2 del Ministerio de Educación de 2010, las instituciones de educación superior que reciben aporte fiscal deben enviar anualmente al Ministerio de Educación la memoria explicativa de sus actividades y su balance. Las instituciones de educación superior de carácter privado que cuenten con aporte fiscal deben rendir cuenta al Ministerio de Educación sólo respecto de los fondos fiscales que hubieren recibido. Ver Decreto con Fuerza de Ley N.º 2 del Ministerio de Educación de 2010.

Ésta consiste en requerir un presupuesto anual para uso exclusivo de los directores independientes (o más bien del comité que ellos integren, como se propone más adelante).⁵⁴ Ese presupuesto les entregaría la posibilidad de contratar los servicios de asesores en materias educativas, financieras, operacionales u otras, permitiéndoles así contar con una recomendación experta si estiman que ello es necesario o conveniente para emitir una opinión o un voto informado. El monto de dicho presupuesto anual podría determinarse por ley en relación con el patrimonio declarado por cada universidad.

2. Descripción de las transacciones con entidades relacionadas.

Para efectos de identificar las transacciones con entidades relacionadas a una universidad, la ley debiera, en general, considerar aquellas transacciones en que intervengan de modo directo o indirecto la universidad y sus controladores, miembros, directores, ejecutivos principales o bien las personas naturales y jurídicas que se encuentran bajo una influencia relevante de cualquiera de las personas que califican en las categorías anteriores. En general, el proyecto de ley reconocía estos conceptos. No obstante, hay dos consideraciones que pueden otorgar protecciones adicionales para evitar los efectos indeseados de los conflictos de interés y producir mayor eficiencia.

En primer lugar, sería valioso que una futura propuesta tome en consideración que cada universidad enfrenta diferentes necesidades, desafíos y amenazas para el mejor funcionamiento de su gobierno. Cada directorio universitario es el órgano que puede evaluar dichas amenazas de manera más informada y con una visión más amplia de las necesidades de la institución. El posibilitar que los estatutos de cada universidad o el comité de directores independientes (cuyo establecimiento se propone más adelante), por resolución fundada, pudieran identificar contrapartes específicas para efectos de tratar las transacciones con ellas como transacciones con entidades relacionadas, constituiría una instancia de protección adicional. Lo anterior, porque podrían quedar bajo el proce-

⁵⁴ El artículo 50 bis de la Ley sobre Sociedades Anónimas establece, en su parte relevante, que “la junta ordinaria de accionistas determinará un presupuesto de gastos de funcionamiento del comité y sus asesores, el que no podrá ser inferior a la suma de las remuneraciones anuales de los miembros del comité, y éste podrá requerir la contratación de la asesoría de profesionales para el desarrollo de sus labores, conforme al referido presupuesto”. Ver Ley 18.046 de 1981.

dimiento de aprobación que describa la normativa situaciones que no hubieran sido previstas por los legisladores y que pudieran representar una amenaza para la independencia del directorio de la universidad.⁵⁵

En segundo lugar, debe reconocerse que a las universidades se les permite (y, desde una perspectiva práctica, requieren) obtener ganancias de sus actividades. Éstas pueden ser generadas directamente por su propia gestión o, bien, por actividades de sociedades en cuya propiedad la universidad participa. Existen muchas y variadas razones por las cuales una universidad podría crear o ingresar a la propiedad de otra entidad. Las universidades pueden buscar socios y participar en sociedades comerciales para explotar los resultados de sus investigaciones, prestar servicios de consultoría o incluso para otorgar a sus estudiantes la posibilidad de adquirir experiencia práctica en sus ámbitos de estudio a la vez que atienden necesidades sociales, a través de instituciones como hospitales o medios de comunicación social.⁵⁶ Las distribuciones de excedentes que representan un flujo de fondos desde las entidades relacionadas en que la universidad participa hacia la universidad no deberían considerarse, en general, una transacción con entidades relacionadas para efectos de la ley. En ese caso, más que ingresar en una transacción particular, la universidad está obteniendo el retorno de sus propias actividades y, salvo excepciones, dicho flujo de fondos no ocasionará perjuicios a la universidad.^{57, 58}

⁵⁵ Este principio ha sido considerado en el artículo 146 de la Ley sobre Sociedades Anónimas, que establece que se considerarán operaciones con partes relacionadas para efectos de la ley aquellas que establezcan los estatutos de la sociedad o fundadamente identifique el comité de directores, si lo hubiera. Ver Ley 18.046 de 1981.

⁵⁶ Deben distinguirse las actividades anexas al giro universitario (como consultoras, hospitales y medios de comunicación social), del giro propiamente universitario. No debe permitirse que entidades relacionadas a las universidades en las que participen terceros realicen actividades del giro propiamente universitario.

⁵⁷ Para una discusión más extensa sobre casos en que los flujos de fondos de sociedades relacionadas en que la universidad participa pueden causar perjuicios a esta última, y propuestas sobre su control, ver Valenzuela, “La prohibición”, 31-33.

⁵⁸ Bernasconi hace la distinción entre lo que denomina “la universidad como negocio” y “negocios de la universidad”, siendo ilegítimos los primeros y legítimos los segundos. Ver Andrés Bernasconi, “Prohibición del lucro en las universidades: alcance y consecuencias”, *Temas de la Agenda Pública* 62 (2013): 3, http://politicaspUBLICAS.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_publicacion.archivo_adjunto.a4788f2afd30dd21.5061706572204ec2ba203632204c7563726f20656e2045647563616369c3b36e205375706572696f722e706466.pdf.

En consecuencia, son las transacciones entre la universidad y entidades relacionadas distintas a las descritas en el párrafo anterior (vale decir, aquellas que no implican una distribución de excedentes a la universidad) las que encienden mayores luces de alerta y las que debieran activar el procedimiento de aprobación para transacciones con entidades relacionadas.

La fijación de las remuneraciones de los directores de las universidades es también un asunto cuya determinación, si fuera entregada al directorio, calificaría como una transacción con entidad relacionada a la universidad. Siendo éste el más delicado de todos los conflictos de interés (pues todos los miembros del directorio tendrían interés en el asunto), una alternativa para evadirlo es entregar la determinación de estas remuneraciones a los miembros de la universidad. Éste fue el camino adoptado por el proyecto de ley.

3. *Declaración oportuna, completa y precisa de hechos relativos a posibles transacciones con entidades relacionadas.* Los directores con interés deben abstenerse de tomar parte en las deliberaciones sobre esos asuntos. Debiera exigirse a los directores, ejecutivos principales, miembros de la universidad y cualquier otra persona que, según las circunstancias, tenga vínculos relevantes con esta última (como asesores, académicos u otros funcionarios) que, actuando de buena fe, pongan en conocimiento del comité de directores independientes — según se explica más adelante—, de manera oportuna, completa y precisa, los hechos concernientes a una posible transacción con entidades relacionadas de la que tuvieren conocimiento, sea que tuvieren o no interés en dicha transacción. Los directores que por sus vínculos patrimoniales, fiduciarios o familiares tuvieren interés en una transacción con entidades relacionadas, deberían declarar oportunamente y de manera completa y precisa la naturaleza de su interés y, en adelante, deberían abstenerse de participar en cualquier deliberación o votación relacionada a dicha transacción. Los terceros relacionados a la universidad que tuvieren interés en la transacción debieran proporcionar de buena fe y de manera oportuna toda la información relevante para la transacción que pudiese requerir el directorio o el comité de directores independientes.

4. *Monto mínimo para gatillar la aplicación del procedimiento de aprobación de transacciones con entidades relacionadas.* Una normativa eficiente debe tomar en cuenta que los directorios están llamados a tomar las decisiones sobre la gestión universitaria al más alto nivel. En consecuencia, el tiempo del directorio —actuando como órgano colegiado— así como el de cada uno de sus miembros debería estar reservado sólo para los asuntos más relevantes que atañen a la institución educativa, evitando que operaciones rutinarias queden sujetas a la aprobación del directorio. Un monto mínimo para gatillar la aplicación del procedimiento de aprobación de transacciones con entidades relacionadas, como el que aquí se propone, permitiría que el directorio se abocara al conocimiento sólo de aquellas transacciones con entidades relacionadas que, en atención a las circunstancias, sean más relevantes para la universidad. El monto mínimo de dos mil unidades de fomento (UF) propuesto por el proyecto de ley (el mismo que aplica a las operaciones con partes relacionadas de las sociedades anónimas abiertas y cerradas, según la Ley sobre Sociedades Anónimas) es útil para este fin. No obstante, un futuro proyecto podría también tomar en consideración que los recursos de que dispone cada universidad son diferentes y, por lo tanto, el impacto que una misma transacción específica tendría en los registros contables y financieros variará para cada universidad. De tal forma, además de un monto mínimo fijo de referencia, podría ser considerada la relevancia de una transacción con entidades relacionadas, en función del porcentaje que dicha transacción representa en el patrimonio de la universidad. Así, por ejemplo, sólo aquellas transacciones con entidades relacionadas cuyo precio exceda el 1 por ciento del patrimonio de la universidad quedarían sujetas al procedimiento de aprobación aquí propuesto. De conformidad con lo anterior, una transacción cuyo precio excediera el monto mínimo fijo de referencia, pero que no excediera un determinado porcentaje del patrimonio de la universidad, seguiría estando exenta del procedimiento de aprobación. Para evitar que transacciones que, no obstante no exceder un porcentaje mínimo del patrimonio de la universidad, por su monto, se estime que no debieran quedar exentas de las protecciones que otorga el procedimiento de aprobación propuesto, podría fijarse un monto máximo que determinaría la aplicación de dicho procedimiento en cualquier caso (en los artículos 44 y 147 de la Ley sobre Sociedades Anónimas se contempla

para estos efectos un monto máximo de 20 mil UF). Las transacciones realizadas dentro de un período específico (por ejemplo, un año) en que exista identidad de partes u objeto deberían considerarse como una sola operación para efectos de aplicar los límites propuestos.

5. *Transacciones deben realizarse en términos de mercado.* Se debiera requerir que todas las transacciones con entidades relacionadas, sea que su valor supere o no los límites mínimos que determinan la aplicación del procedimiento de aprobación propuesto, se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado al tiempo de su celebración. El comité de directores independientes (propuesto más adelante) debiera ser el órgano encargado de velar por el cumplimiento de este requisito. La condición mencionada fue incluida en el mencionado proyecto de ley y está inspirada en lo dispuesto en la Ley sobre Sociedades Anónimas. De manera similar, por ejemplo, en Estados Unidos (donde, según datos del año 2010, el sector sin fines de lucro representaba el 9,2 por ciento de los salarios pagados en el país, y en 2014 correspondía al 5,3 por ciento de su producto interno bruto),⁵⁹ la New York Not-for-Profit Corporation Law (modificada en 2013 por la Non-Profit Revitalization Act) contempla, como condición principal para proceder con transacciones con entidades relacionadas, que el directorio de cada institución determine previamente que la transacción es justa, razonable y en el mejor interés de la institución al momento de la determinación. Se agrega, además, el mandato a los directores y miembros de la alta administración de la institución que tengan interés en la transacción de revelar de buena fe al directorio o comité correspondiente los hechos relevantes concernientes a su interés, y que dichas personas no podrán participar en las deliberaciones y votaciones relativas a la transacción.⁶⁰

6. *Opinión externa para las transacciones con entidades relacionadas que involucren inmuebles.* Las transacciones con entidades relacionadas que involucran inmuebles son las más relevantes para las

⁵⁹ National Center for Charitable Statistics, “Quick Facts about Nonprofits”, <http://nccs.urban.org/statistics/quickfacts.cfm> (accedida el 12 de abril de 2015).

⁶⁰ Ver New York Not-for-Profit Corporation Law §715 y §715-A, Estado de Nueva York, Estados Unidos.

universidades, debido a su precio, los activos esenciales que los inmuebles representan para ellas y la probabilidad de que dichas transacciones sean utilizadas por sus controladores u otros miembros para obtener ganancias provenientes de las actividades universitarias, contraviniendo el espíritu de la ley. Para las transacciones con entidades relacionadas que involucren compraventa, arrendamiento o cesión del uso y goce de un inmueble de cualquier otra forma, se debiera requerir la opinión (en cuanto a precio y condiciones) de al menos una entidad especializada independiente, para así evitar la existencia de condiciones abusivas requeridas por las entidades relacionadas a la universidad.⁶¹

7. Informe previo elaborado por un comité de directores independientes. Las operaciones que califiquen como transacciones con entidades relacionadas deberían ser presentadas a un comité especial formado por directores de la universidad que tengan la calidad de independientes (y, como mínimo, por tres de ellos, si hubieran más). En las universidades estatales, este comité debería estar integrado exclusivamente por los miembros del directorio que hayan sido designados por el Presidente de la República (y que hacen, para estos efectos, las veces de directores independientes).

El comité propuesto debería estar a cargo de: (i) diseñar e implementar un sistema de reportes que facilite la detección temprana de operaciones que pudieran calificar como transacciones con entidades relacionadas (esta política podría también incluir la obligación de que los directores, con posterioridad a su designación y antes de asumir el cargo, entreguen al comité de directores independientes, o al organismo que éste designe, una nómina de las entidades con las que tienen una relación relevante y cualquier otra situación que, de acuerdo con su mejor saber y entender, pudiera dar lugar a un conflicto de interés, la que se renueve periódicamente hasta que abandonen su cargo);⁶² (ii) asegurar una amplia difusión de las situaciones que representan conflictos de interés y del sistema de reportes mencionado, entre los directores, ejecutivos principales, miembros de la universidad y otras personas que, por su posición, pudieren tener conocimiento de situaciones que

⁶¹ Ver Williamson, "Universidad y lucro", 152-53.

⁶² Ver New York Not-for-Profit Corporation Law §715-A, Estado de Nueva York, Estados Unidos.

envuelvan posibles conflictos; (iii) evaluar todos los componentes de las potenciales transacciones con entidades relacionadas que lleguen a su conocimiento, como precio, frecuencia, relación con las condiciones de mercado y el impacto de la transacción para el mejor interés de la universidad; y (iv) preparar un informe al respecto para someterlo al conocimiento del directorio. Este informe incluiría la opinión individual de cada uno de los miembros del comité de directores independientes en cuanto a proceder o no con la transacción.

La New York Not-for-Profit Corporation Law (según fue modificada en 2013) dispone, con respecto a cualquier transacción que involucre un cierto tipo de instituciones sin fines de lucro (*charitable corporations*), en las que entidades relacionadas a ellas tengan un interés patrimonial sustantivo, que el directorio de dichas instituciones, antes de ingresar a la transacción, debe considerar, en la medida de lo posible, transacciones alternativas.⁶³ Adoptar esta idea para una futura regulación chilena, exigiendo el análisis de transacciones alternativas con entidades no relacionadas al nivel del comité de directores independientes, requerirá que los miembros de ese comité necesariamente indaguen sobre cuál es el valor justo de mercado y justifiquen, con alternativas, por qué una transacción propuesta es en el mejor interés de la universidad. Naturalmente, el comité de directores independientes podría valerse para esta tarea de la opinión de asesores externos (haciendo uso de su presupuesto separado), si así lo estimara necesario o conveniente.

8. *Aprobación por mayoría absoluta en dos instancias.* Antes de que la universidad ingrese a una transacción con entidades relacionadas, debiera requerirse la aprobación por mayoría absoluta, tanto de los miembros del comité de directores independientes como del directorio (en este último caso, excluyendo a los miembros del comité de directores independientes, quienes ya se habrán pronunciado). Los directores con interés en la transacción debieran abstenerse de participar en las correspondientes deliberaciones y votaciones, pero se les debiera exigir que proporcionen de buena fe y oportunamente cualquier información adicional que pudiera requerir el directorio o el comité de directores independientes. El voto individual de cada uno de los miembros del co-

⁶³ Ver New York Not-for-Profit Corporation Law §715, Estado de Nueva York, Estados Unidos.

mité de directores independientes debiera ser incluido en el informe que al efecto preparen para el directorio. De tal manera, si la transacción no obtiene la aprobación por mayoría absoluta de los miembros del comité de directores independientes, se consideraría que ésta ha sido rechazada y no sería necesaria la votación del directorio. Así se evitaría que este último se aboque a discusiones sobre temas complejos que podrían no contar *ex ante* con la aprobación del comité de directores independientes. Si la mayoría absoluta de los directores no independientes estuvieren involucrados en la posible transacción, siguiendo la regla aplicable a las sociedades anónimas abiertas, se debiera exigir la aprobación unánime de los directores que no tengan interés⁶⁴ (además de la aprobación previa por el comité de directores independientes). Si todos los directores no independientes tuvieran interés en la posible transacción, o todos excepto uno, el voto de los directores independientes debiera dirimir el asunto. En esta situación altamente conflictiva, parece adecuado requerir, de manera excepcional, la aprobación unánime del comité de directores independientes. El proyecto de ley consideraba un mecanismo similar, aunque simplificado, de aprobación, exigiendo el voto favorable de la mayoría de los directores no interesados y, adicionalmente, el voto favorable de la mayoría de los directores independientes o de aquellos designados por el Presidente de la República, en el caso de las universidades estatales. No obstante, tal propuesta no contemplaba la creación de un comité de directores independientes y, de este modo, asumía que el voto de los directores no independientes y no interesados, y el de los directores independientes, sería simultáneo.

Es importante que una descripción detallada de las condiciones de las operaciones aprobadas, los antecedentes que se hayan considerado, las deliberaciones y los detalles de los procesos de votación del comité de directores independientes y del directorio queden registrados en las actas que se levanten de las respectivas sesiones.

9. *Divulgación ex post a los miembros de la universidad y a las autoridades regulatorias correspondientes.* Debiera exigirse que todas las transacciones con entidades relacionadas que sean aprobadas conforme al procedimiento propuesto sean informadas periódicamente

⁶⁴ Ver artículo 147 de la Ley 18.046 de 1981.

por el directorio a los miembros de la universidad y a las autoridades regulatorias correspondientes (como la Superintendencia de Educación Superior cuya creación se proponía en el proyecto de ley). Dicho informe debería incluir, para cada transacción con entidades relacionadas aprobada en el período, información detallada sobre la transacción y las causas del conflicto de interés, los resultados de las respectivas votaciones y quienes se hayan abstenido de votar, y los antecedentes que se hayan tomado en cuenta para la aprobación de la transacción. Una copia de las actas de las sesiones del directorio y del comité de directores independientes debiera acompañarse a este informe. Para efectos de la presentación de estos informes, podría crearse un formulario único distribuido por la autoridad, el que facilitaría el procesamiento de toda la información relevante por parte de los miembros de la universidad y de la autoridad, haciendo, de tal manera, más efectivas las instancias de revisión.

10. *El incumplimiento de los requisitos previos no afectará la validez de la transacción, pero otorgará el derecho a perseguir las responsabilidades que correspondan.* El principio de que las transacciones con entidades relacionadas que se realicen sin cumplir con los requisitos específicos para esas operaciones no sean inexistentes o inválidas es reconocido tanto en la Ley sobre Sociedades Anónimas como en el proyecto de ley. Este principio reconoce que las entidades relacionadas, las que no necesariamente están bajo un control común con (o ejercen una influencia relevante sobre) la parte que incurrió en la infracción, pueden haber confiado en la transacción y es así razonable dejarlas indemnes de una infracción en la que (al menos de manera directa) no participaron. Sin embargo, para hacer efectivos los resguardos que persigue el procedimiento propuesto, cualquier infracción al mismo debiera otorgar a los miembros de la universidad, a los directores disidentes (aquellos que han dejado constancia en actas de su oposición a la transacción) y a las autoridades regulatorias correspondientes (actuando de oficio o a petición de parte) el derecho de perseguir, a nombre de la universidad, la responsabilidad civil de los directores infractores (aquellos que hubieren concurrido a la aprobación de la transacción en contravención al procedimiento establecido o que negligentemente hubieren descuidado su aplicación) por los menoscabos que hubieren causado a la univer-

sidad. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones administrativas que pudieren aplicarse por la autoridad.

Si la transacción no fue aprobada de acuerdo con el procedimiento de aprobación propuesto, debiera corresponder a los presuntos directores infractores probar que no correspondía su aplicación o, al menos, que la transacción se realizó de buena fe, contando con información adecuada, en condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado y que, razonablemente, se preveía beneficiosa para los intereses de la universidad al tiempo de su ejecución (evitando sesgos retrospectivos). En ese caso, aun cuando los directores satisfagan el estándar de prueba propuesto y no sean responsables de los perjuicios causados, igualmente podrían ser objeto de la aplicación de sanciones administrativas por la autoridad, si hubieren incurrido en alguna infracción a sus deberes fiduciarios. Si, por el contrario, la transacción fue aprobada en conformidad con el procedimiento propuesto, la carga de la prueba debiera recaer sobre el demandante, quien tendrá que demostrar que ha existido injusticia en el proceso (por ejemplo, omisión o defecto de las revelaciones de información procedentes, consideración errónea respecto de los directores no interesados en la transacción, falta de imparcialidad en la opinión de asesores externos o incumplimiento de deberes fiduciarios) o en relación con el precio (que hubieran discrepancias relevantes con las condiciones de equidad que habitualmente prevalecen en el mercado),⁶⁵ y que, como consecuencia de lo anterior, ha existido perjuicio para la universidad. Así, el cumplimiento del procedimiento de aprobación propuesto serviría como una presunción simplemente legal (esto es, que admite prueba en contrario) de que el proceso de aprobación fue adecuado, así como justo el precio de la transacción.

Siguiendo el principio general de la responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y lo indicado en el proyecto de ley, los directores infractores debieran responder solidariamente por los perjuicios causados a la universidad.

⁶⁵ Ésta es una aplicación del estándar de derecho societario estadounidense conocido como *entire fairness*, el que permite la exención de responsabilidades cuando tanto el procedimiento de aprobación de una transacción como su precio han sido justos. Ver *Weinberger v. UOP, INC.*, 457 A.2d 701 (Del. 1983).

V. UN COMPLEMENTO NECESARIO: PERFECCIONAR LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS DIRECTORES DE LAS UNIVERSIDADES

El rol de quienes sirven como directores en instituciones sin fines de lucro difiere sustancialmente de lo que se espera de los directores en las sociedades (u organizaciones con fines de lucro). En las sociedades en que el capital está representado por acciones, la relación de agencia se establece entre sus accionistas, como mandantes o principales, y su directorio, como mandatario o agente. En las instituciones sin fines de lucro la relación de agencia se establece entre la misión de la institución y, quizás (como se ha sugerido), los miembros del público a quienes la institución intenta beneficiar, como mandantes o principales, y su directorio, como mandatario o agente. Según Goldschmid, “los directores y ejecutivos de las organizaciones con fines de lucro están principalmente ocupados de la maximización de las ganancias en el largo plazo. Si bien los directores y ejecutivos de las instituciones sin fines de lucro tienen los temas económicos presentes, están principalmente ocupados del cumplimiento efectivo de la misión de esas instituciones”.⁶⁶ Adicionalmente, a diferencia de los directores de sociedades, puede que los directores designados en las instituciones sin fines de lucro tengan escasa o ninguna experiencia de negocios, que hayan sido elegidos para el cargo por motivos completamente ajenos a su capacidad para obtener términos provechosos o equitativos en una transacción y que se muestren reacios a gastar fondos de la institución en asesores externos. Además, considerando que, por regla general, no son remunerados, dispondrán de un tiempo limitado para dedicar a las instituciones en que sirven. Finalmente, a diferencia de lo que ocurre en las sociedades anónimas, en las instituciones sin fines de lucro no existe una protección análoga a aquella que otorga la aprobación o ratificación de un acto por una junta de accionistas, ni tampoco, como ocurre en las sociedades anónimas abiertas, su gestión está sometida al escrutinio de una autoridad regulatoria especializada y, en efecto, del público general, a través de la información que se les exige difundir.⁶⁷ Debido a estas característi-

⁶⁶ Harvey J. Goldschmid, “Fiduciary Duties of Nonprofit Directors and Officers: Paradoxes, Problems, and Proposed Reforms”, *Journal of Corporation Law* 23 (Summer 1998): 641.

⁶⁷ *Ibidem*, 637.

cas propias de los directorios de las instituciones sin fines de lucro, no sería prudente esperar que las protecciones que otorga el procedimiento propuesto en la sección anterior para los casos de conflictos de interés sean efectivas sin que exista, en primer lugar, un marco de normas que regulen los deberes fiduciarios de quienes sirven en los directorios de las universidades, ni, en segundo lugar, una entidad fiscalizadora con atribuciones y recursos adecuados.

La legislación chilena actual no contempla normas específicas sobre los deberes fiduciarios que aplican a los directores de las universidades. Las únicas reglas existentes son aquellas contenidas en el título XXXIII del Libro I del Código Civil, aplicables a las personas jurídicas sin fines de lucro, y de manera supletoria a las universidades. Estas reglas son, sin embargo, considerablemente acotadas.

Una futura normativa sobre el gobierno de las universidades debería contemplar, además de reglas para la resolución de conflictos de interés, normas específicas relativas a los deberes fiduciarios de los directores. Los deberes de cuidado y de lealtad deberían adaptarse a las características únicas de los directorios de instituciones sin fines de lucro y, especialmente, a la realidad de las universidades chilenas (directorios que constan, al menos en parte, de expertos en educación, volumen considerable de transacciones con entidades relacionadas y necesidad de recaudar fondos en un entorno de escasa filantropía y falta de recursos públicos destinados a las universidades privadas).

La legislación chilena ha equiparado históricamente el deber de cuidado con el deber de actuar con la diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Éste es el estándar actualmente vigente en el contexto de las sociedades anónimas, según la Ley sobre Sociedades Anónimas, y también en el contexto de las personas jurídicas sin fines de lucro, conforme al título XXXIII del Libro I del Código Civil.⁶⁸ Sin embargo, este estándar no pareciera ser enteramente apropiado, ya que no toma en consideración las circunstancias particulares de los directores de organizaciones sin fines de lucro. Al enmarcar el alcance del deber de cuidado, podría ser útil considerar el enfoque de organizaciones internacionales y legislaciones extranjeras. La OECD, en sus recomendaciones de gobierno corporativo, dispone que el deber de cuidado “requiere a los miembros del directorio actuar de una manera plenamente

⁶⁸ Ver Ley 18.046 de 1981 y Código Civil de Chile, artículos 44 y 551-2.

informada, de buena fe y con la debida diligencia y cuidado. En algunas jurisdicciones hay un estándar de referencia que es el comportamiento que una persona razonablemente prudente habría tenido en circunstancias similares”.⁶⁹ En Estados Unidos, precisamente, jurisdicción con vasta experiencia en gobiernos corporativos, el deber de cuidado de los directores se ha regulado tradicionalmente considerando lo que una persona ordinariamente prudente habría hecho en “circunstancias similares” y en una “posición semejante”.⁷⁰ Según Goldschmid,

los términos “circunstancias similares” y “posición semejante” otorgan flexibilidad, permitiendo que factores como la naturaleza de la institución sin fines de lucro, su tamaño y complejidad, la magnitud de cualquier problema y el rol individual de un director o ejecutivo, sean tomados en cuenta al juzgar si el director o ejecutivo han actuado con cuidado razonable.⁷¹

Una aproximación como ésta no es actualmente considerada por la normativa chilena, que se centra, en cambio, en la diligencia y cuidado del hombre medio. Sin embargo, la elevada confianza depositada en los directores, en tanto administradores de un patrimonio ajeno, requiere de ellos una responsabilidad especial, que excede la de la diligencia y cuidado del hombre medio. Este principio cobra aún mayor vigor en las instituciones sin fines de lucro, donde la fiscalización de terceros es considerablemente más acotada que en el ámbito societario (donde los socios o accionistas ejercen un rol supervisor). Un enfoque ajustado a las circunstancias del caso y que, sobre todo, reconozca la elevada confianza depositada en quienes sirven como agentes fiduciarios como el descrito sería una contribución útil en cualquier intento futuro de legislar sobre el estándar de conducta de los directores de instituciones sin fines de lucro.

No obstante, el uso de conceptos como “circunstancias similares”, “posición semejante” u otros del tipo resulta actualmente ajeno a la

⁶⁹ OECD, “Principles of Corporate Governance”, 2004, 59, <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf/>.

⁷⁰ Ver American Law Institute, *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Volume 1* (Saint Paul, Minnesota: American Law Institute Publishers, 1994), 133.

⁷¹ Goldschmid, “Fiduciary Duties”, 642.

legislación chilena, incluso en el contexto de la regulación societaria. Respecto del estándar de cuidado que sí resulta aplicable tampoco existe suficiente jurisprudencia u opiniones que sirvan de guía sobre su aplicación a casos concretos, especialmente en lo referido a instituciones sin fines de lucro. Esta falta de experiencia no debiera disuadirnos de realizar esfuerzos por mejorar nuestra regulación actual en materia de deberes fiduciarios, introduciendo, quizás, conceptos que vayan en línea con los antes mencionados. Si bien el mejor manejo de estos conceptos sólo lo traerá la experiencia, hay hechos objetivos que proporcionan información acerca de la diligencia o negligencia con la que actúa un director al tomar una decisión, y que indudablemente arrojan luces para hacer una comparación con lo esperable en circunstancias similares. La regularidad con que un director asiste a las reuniones de directorio, sus opiniones registradas en las actas de dichas reuniones, un registro de las asesorías independientes que se han solicitado (lo que es especialmente relevante para los directores independientes), el diseño e implementación de códigos de conducta ética al interior de la institución, la creación de mecanismos confidenciales para el reporte de situaciones de riesgo o irregularidades que se detecten al interior de ella y, en general, cualquier evidencia acerca de los esfuerzos del directorio, y de cada uno de sus miembros en forma particular, por actuar de manera competente, de buena fe y en el mejor interés de la institución, constituirán instancias valiosas para evaluar potenciales responsabilidades.⁷² Otros factores debieran también considerarse, como el tamaño y complejidad de la institución, sus circunstancias particulares, los recursos que la institución pone a disposición de los directores para ocuparse de determinadas materias, la relevancia del asunto para la institución y

⁷² En este sentido, una iniciativa particularmente destacable es la Norma de Carácter General N.º 341, emitida por la Superintendencia de Valores y Seguros, con fecha 29 de noviembre de 2012. En ella se requiere a las sociedades anónimas abiertas que anualmente entreguen a esa superintendencia y al público información sobre sus prácticas de gobierno corporativo, incluyendo, entre otras materias, la forma de funcionamiento del directorio y los tratamientos de conflictos de interés. Esta norma fue reemplazada por la Norma de Carácter General N.º 385, emitida por la misma superintendencia, con fecha 8 de junio de 2015, la que sigue la línea de su predecesora, pero amplía los requerimientos de información. Ver Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, Norma de Carácter General N.º 341, 29 de noviembre de 2012, y Superintendencia de Valores y Seguros de Chile, Norma de Carácter General N.º 385, 8 de junio de 2015.

qué tan predecibles eran los resultados indeseados al tiempo en que se tomó una decisión (cuidando distinguir meros errores de juicio al tomar una decisión de negocios, de manifiesta falta de atención o negligencia). Una vez que se ha recogido y procesado esta información, corresponderá a los tribunales decidir si los esfuerzos colectivos e individuales desplegados por los directores han sido los razonablemente adecuados (de conformidad al estándar propuesto) para evitar la existencia de las consecuencias indeseadas.

En cuanto al deber de lealtad, los deberes de los directorios universitarios “no pueden ser otros que los de cautelar el interés que la corporación o la fundación universitaria declaró servir al momento de constituirse y no los intereses de los controladores”.⁷³ Principios como los considerados en la propuesta de un procedimiento para la aprobación de transacciones con entidades relacionadas otorgan una guía que esclarece cómo debe esperarse que actúen los directores frente a una situación de conflicto de interés. Así, debiera hacerse hincapié en la divulgación oportuna, completa y precisa de cualquier potencial conflicto de interés que pudiere afectar a la universidad, la exclusión de los directores afectados por el conflicto de la toma de decisiones y, como siempre, la buena fe. En cualquier caso, la aplicación de todos estos estándares requiere de una cuidadosa evaluación imparcial de las circunstancias específicas de cada caso.

Además de la existencia de un marco de normas específicas, considerando las acotadas instancias de rendición de cuentas de las instituciones sin fines de lucro, se hace imprescindible la creación de una entidad especializada que fiscalice la actividad de las universidades. Dicha entidad podría también tener a su cargo las demás instituciones de educación superior. Ella debiera depender del Ministerio de Educación, tener personalidad jurídica y patrimonio propio, y contar con atribuciones y recursos apropiados para el cumplimiento de sus funciones. Respecto de las universidades, en especial, debiera estar a su cargo la recepción y revisión de información periódica que se les requiera (incluyendo información financiera y sobre transacciones con entidades relacionadas) y el desarrollo de procesos de investigación respecto de irregularidades observadas y denuncias recibidas, pudiendo imponer sanciones y multas a las personas que resulten responsables.

⁷³ Ver Peña, “La universidad y el lucro”, 134.

VI. LA LEGISLACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA ATRAER TALENTO A LOS GOBIERNOS UNIVERSITARIOS

La existencia de un marco regulatorio específico y una entidad de fiscalización especializada son cruciales para el buen funcionamiento del sistema universitario. Sin perjuicio de lo anterior, la legislación debiera ser diseñada tomando en cuenta la extraordinaria importancia que los directorios universitarios tendrán en la educación de futuras generaciones. De ahí que exista una imperiosa necesidad de incentivar a personas con conocimientos y experiencia a participar en ellos. En el cumplimiento de ese propósito, la legislación tendrá un rol crucial.

La mención expresa en el proyecto de ley de la posibilidad de que los directores universitarios sean remunerados (lo que es contrario a la regla general de las personas jurídicas sin fines de lucro, sin perjuicio de que los estatutos de las universidades pueden modificarlo) es, en efecto, un primer avance en reconocer la importancia de incentivos para que personas con potencial para hacer contribuciones valiosas acepten el cargo. Sin embargo, una nueva propuesta legislativa podría ir un paso más allá, disponiendo que los directores universitarios serán remunerados, a menos que los estatutos de la universidad dispongan expresamente lo contrario. Para los miembros del comité de directores independientes, en atención a las responsabilidades especiales que sobre ellos recaerían, la ley podría disponer una remuneración adicional en proporción a aquella recibida por los demás miembros del directorio.⁷⁴ Para evitar los serios conflictos de interés que implica la fijación de las remuneraciones de los directores universitarios por el propio directorio de la universidad, esta determinación, siguiendo el proyecto de ley, debiera quedar entregada a los miembros de la universidad, y fijarse en consideración “a las responsabilidades y dedicación requeridas por la función y a las condiciones habituales de mercado a la fecha correspondiente”.⁷⁵

⁷⁴ Dispone el artículo 50 bis de la Ley sobre Sociedades Anónimas, en su parte relevante, que “los directores integrantes del comité serán remunerados. El monto de la remuneración será fijado anualmente en la junta ordinaria de accionistas, acorde a las funciones que les corresponde desarrollar, pero no podrá ser inferior a la remuneración prevista para los directores titulares, más un tercio de su monto”. Ley 18.046 de 1981.

⁷⁵ Ver Presidencia de la República, “Superintendencia de Educación Superior”, 36.

Debe tenerse presente que, incluso en la actualidad, los directores de instituciones sin fines de lucro pueden verse obligados a responder con su propio patrimonio por las consecuencias perjudiciales de sus decisiones en el cargo. Ello cobra todavía mayor importancia para el caso de las universidades, si se apunta a tener una entidad de fiscalización especializada que ejerza un control activo y tenga la facultad de imponer sanciones y multas sobre los directores de dichas instituciones. Para que la existencia de controles activos y el riesgo de sanciones y multas no desincentive a personas idóneas para participar en directorios universitarios, es preciso utilizar herramientas legislativas que, sin obstar a la efectividad de los controles, provean incentivos suficientes para que esas personas se sumen a los distintos proyectos.

El desafío de mantener sistemas efectivos de control y al mismo tiempo generar incentivos para la atracción de talentos es un problema común en las naciones desarrolladas, y, sin duda, en Chile se debe enfrentar la aparición cada vez más frecuente de denuncias sobre irregularidades e imposición de sanciones en los gobiernos corporativos de sociedades abiertas a la inversión pública. Así, la tendencia actual en las regulaciones societarias de países con experiencia en este fenómeno es otorgar a quienes sirven en directorios cuánto alivio de responsabilidad sea en derecho posible, en la medida en que los directores actúen de buena fe, debidamente informados, en una creencia razonable de que su actuación es en el mejor interés de la organización, y no hayan incurrido en infracciones a su deber de lealtad. Dichas jurisdicciones han desarrollado exhaustivos sistemas de resguardos contra la responsabilidad civil de los directores, que, con el tiempo, se han transformado en herramientas esenciales para la atracción de talento en sus organizaciones y el manejo del riesgo en sus economías.⁷⁶ Como resulta evidente, una

⁷⁶ La regulación de sociedades del Estado de Delaware (donde una amplia mayoría de las más grandes sociedades de Estados Unidos se encuentra constituida), por ejemplo, permite que las sociedades allí creadas incluyan en sus estatutos renuncias a ejercer acciones contra sus directores por las infracciones de éstos a su deber de cuidado (lo que ha sido adoptado por cerca del 90 por ciento de las sociedades constituidas en dicho Estado), indemnizaciones a sus directores por su responsabilidad en actos culposos y reembolsos o adelantos a sus directores por las expensas legales en que incurran en la defensa de las demandas que enfrenten por infracciones a sus deberes. Además, dispone la ley que dichas sociedades pueden contratar seguros de responsabilidad civil para sus directores y ejecutivos a costa de la sociedad respectiva (lo que en la práctica casi siempre hacen). Estos mecanismos

legislación que favorezca el desarrollo de un sistema universitario moderno, transparente y al mismo tiempo abierto a los mejores talentos de nuestra sociedad debe necesariamente hacerse cargo de estos desafíos.

En ese contexto, debido a la complejidad y tamaño de las universidades modernas, es muy importante que se reconozca la posibilidad de que sus directores, actuando de buena fe, tomen decisiones en base a la información obtenida de instancias diseñadas, justamente, para asistirlos en su función directiva.⁷⁷ Así, un directorio que efectivamente dedique su tiempo a las decisiones más relevantes del quehacer universitario debiera implementar procedimientos y programas internos para el manejo de determinados asuntos (como, por ejemplo, comités con tareas específicas, designados por el directorio e integrados por funcionarios de la universidad) y recurrir, cuando lo estime conveniente, al servicio de asesorías especializadas externas (sea en materias educacionales, financieras, legales, laborales, de marketing u otras). Contar con un presupuesto anual separado para uso exclusivo de los miembros del comité de directores independientes, como se ha propuesto, permitiría que esos directores, especialmente, pudieran beneficiarse de esas asesorías. De tal manera, las decisiones que tomen en base a la información obtenida de procedimientos y programas internos debiera contribuir a aliviar su responsabilidad, siempre que los procedimientos y programas hayan sido cuidadosamente implementados, que su buen funcionamiento sea monitoreado por el directorio y que los directores actúen de buena fe. Lo mismo debiera aplicar respecto de las asesorías externas, en la medida en que éstas sean cuidadosamente seleccionadas (considerando su precio y experiencia), los prestadores mantengan una buena reputación en el mercado relevante y los directores actúen de buena fe.

Otra herramienta que puede ser también una manera eficaz para incentivar la participación de expertos valiosos en los directorios de las universidades es la utilización de seguros de responsabilidad civil para los directores. Estos seguros tienen una alta popularidad en el

de protección, en general, excluyen casos en que los directores no hayan actuado de buena fe o hayan incurrido en faltas a su deber de lealtad. Las disposiciones anteriores son también aplicables a las corporaciones sin fines de lucro constituidas en el Estado de Delaware, por lo que éstas también pueden hacer uso de las prerrogativas mencionadas. Ver Delaware General Corporation Law §102(b)(7) y §145, Estado de Delaware, Estados Unidos.

⁷⁷ Ver Goldschmid, "Fiduciary Duties", 643.

ámbito societario moderno y son cada vez más utilizados en Chile por las sociedades anónimas abiertas.⁷⁸ Además, son muy comunes en el sector sin fines de lucro, incluyendo universidades, en países donde ese sector es prominente. Su cobertura, en general, comprende los costos asociados a defensas judiciales y condenas por infracciones al deber de cuidado de los directores, excluyendo, por lo general, casos de fraude o dolo e infracciones al deber de lealtad (como casos de enriquecimiento injusto). Vale decir, quedan excluidas de la cobertura las esferas más sensibles de la condición fiduciaria por la que los directores responden.

Si bien es cierto que la utilización de estos seguros conlleva un riesgo moral (pues los directores saben que las eventuales sanciones que podrían recibir serán, cuanto menos, moderadas a causa de la cobertura), dichos riesgos deben contrapesarse con los efectos *ex ante* que producen los seguros en el comportamiento de los individuos. La implementación de estos seguros no sólo contribuiría a que los posibles directores aceptaran designaciones para el cargo, sino que también los animaría a superar aversiones al riesgo al tomar decisiones que competen a la universidad y que pueden, con el tiempo, ser tremendamente provechosas (por ejemplo, al momento de atraer nuevos docentes, comprar un terreno para un nuevo campo de deportes, invertir en equipos para laboratorios, adquirir una colección de libros para las bibliotecas universitarias o iniciar el desarrollo de proyectos en lugares distantes). La legislación puede utilizarse como punto de partida para movilizar a las universidades a seguir esta iniciativa, otorgándoles discreción para que éstas contemplen a nivel estatutario la contratación y financiamiento de estos seguros para sus directores.⁷⁹

Replicar estas ideas en un proyecto futuro sería sumamente valioso. Ellas reconocen la importancia del propósito de incentivar a

⁷⁸ Según una nota publicada en *Economía y Negocios Online* en septiembre de 2014, para entonces más del 80 por ciento de las empresas del IPSA y no menos del 40 por ciento de las empresas del IGPA había contratado seguros de responsabilidad civil para directores y ejecutivos. Ver “Sube demanda por seguros para directores tras conflictos corporativos”, <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=123303> (accedida el 16 de abril de 2015).

⁷⁹ El costo de estos seguros en Estados Unidos y Europa, por su alta popularidad, es relativamente bajo. Sin embargo, como es natural, las condiciones de la oferta de este producto en Chile para las instituciones sin fines de lucro (y las universidades, en particular) dependerán del interés de las compañías de seguro locales y las primas que éstas estén dispuestas a aceptar por la cobertura ofrecida.

personas con conocimientos, experiencia, visión y capacidades para participar en los directorios de las universidades, sin menoscabar la efectividad de controles activos sobre los gobiernos universitarios y el fin último de la regulación: mejorar la calidad de nuestra educación superior.

VII. CONCLUSIONES

La prohibición a los fines de lucro que la legislación chilena impone a las universidades desde 1981 condicionó de manera importante la forma en que estas instituciones se han desarrollado hasta la actualidad. Si bien no existe claridad sobre las razones que pudo haber considerado el legislador para imponer la prohibición, las particulares condiciones del servicio que entregan las universidades, principalmente generadas por asimetrías de información, hacen que una prohibición a los fines de lucro sea, cuanto menos, deseable.

Cuando los legisladores chilenos sentaron las bases de la legislación que, hasta la actualidad, gobierna a las universidades, no se contemplaron normas sobre el tratamiento de los conflictos de interés que pudieran afectarlas. Así, la legislación ha dejado espacio para que, por la vía de transacciones con entidades relacionadas, se causen perjuicios a las universidades. Con todo, las transacciones con entidades relacionadas, cuando son adecuadamente administradas y sujetas a controles independientes, pueden ser eficientes y útiles para los intereses de esas instituciones. En efecto, durante las últimas décadas, las transacciones con entidades relacionadas han sido fundamentales para el financiamiento, crecimiento y desarrollo de las universidades chilenas, lo que no quita que hayan podido existir abusos. Esto lleva a la conclusión de que, en vez de prohibir las transacciones con entidades relacionadas, es más eficiente y menos costoso regularlas de una forma efectiva.

En este artículo se proponen diez principios que pueden servir como marco para una futura regulación de las transacciones entre las universidades y sus entidades relacionadas. Éstos apuntan a crear un proceso informado de toma de decisiones, con la independencia como valor fundamental. Principios como los propuestos, recogidos parcialmente en un proyecto de ley retirado del Congreso a comienzos de 2014, podrían inspirar nuevos intentos legislativos que apunten a salva-

guardar la transparencia, equidad y buena fe que se espera en el funcionamiento de nuestras universidades, así como un cumplimiento íntegro de su prohibición al reparto de excedentes.

Los principios referidos sólo lograrán una efectividad plena en la medida en que, conjuntamente, los deberes fiduciarios de quienes integran los directorios de las universidades sean debidamente regulados. Se hace necesario que el estándar de conducta impuesto reconozca la elevada confianza depositada en los directores universitarios, quienes administran un patrimonio ajeno enfrentando instancias de supervisión acotadas. Asimismo, la aplicación exitosa de estas protecciones y otras normas requiere de la creación de una entidad de fiscalización especializada, con atribuciones y recursos adecuados para llevar adelante un rol de control activo.

Con todo, es de la mayor importancia que cualquier regulación sea cuidadosamente diseñada, al mismo tiempo, para proteger el propósito de incentivar a personas con experiencia y talento a servir en los directorios de universidades. Alternativas que pueden ayudar a lograrlo son disponer expresamente en la ley que los directores de universidades recibirán una justa remuneración por sus servicios y, siguiendo el ejemplo de países desarrollados, establecer mecanismos que alivien la responsabilidad de los directores universitarios cuando éstos hayan actuado de buena fe, debidamente informados, en una creencia razonable que obran en el mejor interés de la organización y en cumplimiento, al menos, de su deber de lealtad. Medidas concretas que pueden producir este efecto son reconocer legislativamente resguardos para aquellos directores que actúan en base a antecedentes proporcionados por instancias de asesoría (en la medida en que los responsables sean diligentemente seleccionados) y la posibilidad de que las universidades contemplen en sus estatutos la contratación de seguros de responsabilidad civil para sus directores, los que tienen amplio uso en el ámbito societario.

Un marco regulatorio que considere las eficiencias que aportan las transacciones con entidades relacionadas y entregue principios para un tratamiento justo de las mismas; promueva una fiscalización activa hacia las universidades por una autoridad con facultades adecuadas; y reconozca las particulares condiciones y necesidades de los directorios de organizaciones sin fines de lucro involucradas en la educación superior sería un aporte sustancial para mejorar la calidad de la educación

entregada a los estudiantes y fomentaría un servicio más pleno del irremplazable rol que tienen las universidades en el desarrollo del país.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Textos:

- American Law Institute. 1994. *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations, Volume I*. Saint Paul, Minnesota: American Law Institute Publishers.
- Bernasconi, Andrés. 2013. “Prohibición del lucro en las universidades: alcance y consecuencias.” *Temas de la Agenda Pública* 62. http://politicaspUBLICAS.uc.cl/cpp/static/uploads/adjuntos_publicaciones/adjuntos_publicacion_archivo_adjunto.a4788f2afd30dd21.5061706572204ec2ba203632204c7563726f20656e2045647563616369c3b36e205375706572696f722e706466.pdf/.
- Bernasconi, Andrés & Fernando Rojas. 2004. *Informe sobre la educación superior en Chile: 1980-2003*. Santiago: Editorial Universitaria.
- Beyer, Harald. 2011. “La discusión sobre el lucro: ¿acento correcto?” *Revista Capital*, 18 de octubre. <http://www.brunner.cl/?p=2235/>.
- . 2013. “Una agenda para la educación superior.” Documento de Trabajo 390, Centro de Estudios Públicos. http://www.cephile.cl/dms/archivo_5235_3352/HBeyer_presentacion.pdf/.
- Brunner, José Joaquín & Cristóbal Villalobos. 2014. *Políticas de educación superior en Iberoamérica, 2009-2013*. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Deming, David J., Claudia Goldin & Lawrence F. Katz. 2011. “The For-Profit Postsecondary School Sector: Nimble Critters or Agile Predators?” Working Paper 17710, National Bureau of Economic Research. <http://www.nber.org/papers/w17710.pdf/>.
- Fishman, James J. & Stephen Schwarz. 1995. *Cases and Materials on Nonprofit Organizations*. New York: Foundation Press.
- Fontaine, Arturo. 2012. “Lucro, universidad y filantropía.” *Estudios Públicos* 128: 157-173.
- Goldschmid, Harvey J. 1998. “Fiduciary Duties of Nonprofit Directors and Officers: Paradoxes, Problems, and Proposed Reforms.” *Journal of Corporation Law* 23 (summer): 631-653.
- Kinser, Kevin. 2011. “The Rise and Fall of For-Profit Higher Education.” The Nelson A. Rockefeller Institute of Government. http://www.rockinst.org/observations/kinserk/2011-08-for-profit_higher-ed.aspx/.
- OECD. 2004. “Principles of Corporate Governance.” <http://www.oecd.org/corporate/ca/corporategovernanceprinciples/31557724.pdf/>.

- . 2014. "Education at a Glance 2014: OECD Indicators." <http://dx.doi.org/10.1787/eag-2014-en/>.
- Paredes, Ricardo. 2012. "Universidad y lucro, o el dilema de la cobertura." *Estudios Públicos* 128: 174-185.
- Peña, Carlos. 2012. "La universidad y el lucro: cómo impedirlo y por qué." *Estudios Públicos* 128: 116-136.
- Rama, Claudio. 2011. "La educación superior privada en Brasil." *Revista Histedbr On-Line* 11 (44): 3-17. <https://www.fe.unicamp.br/revistas/ged/histedbr/article/view/3118/2773/>.
- The Carnegie Classification of Institutions of Higher Education. <http://carnegieclassifications.iu.edu/summary/basic.php/>.
- The Economist*. 2015. "Special Report: Universities." 28 de marzo.
- Valenzuela, Ignacio. 2015. "La prohibición a los fines de lucro y propuestas de gobierno para las universidades chilenas." Serie *Propuestas de Política Pública* 9, Centro de Estudios Públicos. http://www.cepchile.cl/1_5930/doc/la_prohibicion_a_los_fines_de_lucro_y_propuestas_de_gobierno_para_las_universid.html#.VWiaTc9Vikp/.
- Vargas, Ernesto & Claudia Martínez. 2012. "Evaluación del sistema de franquicias tributarias para donaciones a universidades en Chile." *Trabajos de Investigación en Políticas Públicas* 12. <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/aa496d822815db1c812d016694dc5ee46c98e685.pdf/>.
- Williamson, Carlos. 2012. "Universidad y lucro". *Estudios Públicos* 128: 137-156.

Normas, dictámenes y otros documentos oficiales chilenos:

- Código Civil. República de Chile.
- Contraloría General de la República de Chile. "Financiamiento fiscal a la educación superior 2014." http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Portal/Bases/Contabilidad/Universidades_del_Estado/Estudios/2014/FFES.pdf/.
- Decreto con Fuerza de Ley N.º 1 del Ministerio de Educación Pública del 3 de enero de 1981. "Fija normas sobre universidades." República de Chile.
- Decreto con Fuerza de Ley N.º 2 del Ministerio de Educación del 2 de julio de 2010. "Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N.º 20.370 con las normas no derogadas del Decreto con Fuerza de Ley N.º 1, de 2005." República de Chile.
- Instituto Nacional de Estadísticas de Chile. "Chile proyecciones y estimaciones de población. Total país 1950-2050." http://www.ine.cl/canales/chile_estadistico/demografia_y_vitales/proyecciones/Informes/MicrosoftWordInforP_T.pdf/.
- Ley N.º 18.046 del 22 de octubre de 1981. "Ley sobre sociedades anónimas." República de Chile.
- Ley N.º 18.956 del 8 de marzo de 1990. "Reestructura el Ministerio de Educación Pública." República de Chile.

Ley N.º 18.962 del 10 de marzo de 1990. “Ley orgánica constitucional de enseñanza.” República de Chile.

Ministerio de Educación de Chile. “Becas y créditos 2015.” http://www.mineduc.cl/usuarios/becasycreditos/doc/201411181621000.insertoBYC_2015VF.pdf/.

Presidencia de la República de Chile. “Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación Superior (Mensaje N.º 277-359).” 10 de noviembre de 2011.

Servicio de Información de Educación Superior de Chile. “Deserción & reingreso a educación superior en Chile, análisis de la cohorte 2008.” http://www.mifuturo.cl/images/Estudios/Estudios_SIES_DIVESUP/desercion_reingreso_a_educacin_superior.pdf/.

Servicio de Información de Educación Superior de Chile. “Evolución de la matrícula de pregrado por tipo de institución 1983-2013.” <http://www.mifuturo.cl/index.php/estudios/estructura-compendio/>.

Servicio de Información de Educación Superior de Chile. “Informe matrícula 2014.” <http://www.mifuturo.cl/index.php/informes-sies/matriculados/>.

Servicio de Información de Educación Superior de Chile. “Panorama de la educación superior en Chile 2014.” http://www.mifuturo.cl/images/Estudios/Estudios_SIES_DIVESUP/panorama_de_la_educacion_superior_2014_sies.pdf/.

Superintendencia de Valores y Seguros de Chile. Norma de Carácter General N.º 341. 29 de noviembre de 2012.

Superintendencia de Valores y Seguros de Chile. Norma de Carácter General N.º 385. 8 de junio de 2015.

Normas y jurisprudencia extranjera:

Delaware General Corporation Law. Estado de Delaware. Estados Unidos.

New York Not-for-Profit Corporation Law. Estado de Nueva York. Estados Unidos.

Weinberger v. UOP, INC., 457 A.2d 701 (Del. 1983). *EP*

ENSAYO

IDEAS Y FINES DE LA UNIVERSIDAD*

José Joaquín Brunner

Universidad Diego Portales

RESUMEN: La historia de la universidad ha sido acompañada por un discurso sobre su razón de ser, su razón de existir. Este ensayo arguye que retazos de aquellas justificaciones se utilizan para dar sustento al debate actual sobre el futuro de la universidad en Chile, sin hacerse cargo de que la realidad de la educación superior hoy es muy distinta a la realidad en que aquellos discursos originales nacieron.

PALABRAS CLAVE: universidad, idea de universidad, postmodernismo, paradigmas, sociedad de masas.

THE CONCEPT AND PURPOSE OF UNIVERSITIES

ABSTRACT: *The history of universities has been accompanied by discourse on their raison d'être, their reason for being. This essay argues that remnants of those rationales are used to support the current debate on the future of universities in Chile, but without addressing the fact that higher education today is quite different from what it was when the original discourse began.*

KEYWORDS: *university, the concept of universities, post-modernism, paradigms, mass society.*

JOSÉ JOAQUÍN BRUNNER. PhD en sociología por la Universidad de Leiden, Países Bajos. Profesor titular de la Universidad Diego Portales, donde dirige la cátedra Unesco de Estudios Comparados de Educación Superior y el Programa de Doctorado en Sistemas, Políticas y Gestión de la Educación Superior ofrecido conjuntamente por las universidades Diego Portales y de Leiden. Miembro de número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Email: josejoaquin.brunner@cpce.com.

* Versión revisada del texto presentado en la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile, el 27 de abril de 2015.

Mi propósito es explorar el campo de ideas, discursos y narrativas en torno a la universidad y a las políticas de educación superior. En particular, me interesa la relación entre *discursos* sobre la “idea de la universidad” y *narrativas* referidas a los sistemas contemporáneos de educación superior y a su reforma en el caso de Chile.

I.

Desde Kant en adelante la universidad moderna ha vivido rodeada de un discurso de ideas y fines. Ha sido pensada y se ha representado como la institucionalización de una “idea”. El mismo Kant sugirió que la universidad, como toda institución artificial, tenía por fundamento una idea racional.¹ No muy distinto pensaba nuestro filósofo Jorge Millas, para quien la misión social de la universidad consistía en “ser el *locus veritatis*, el *locus rationis* de la comunidad nacional”.²

Pues bien, si con un salto de la imaginación nos situamos ahora en el presente, ¿se mantiene esa visión y ese fundamento racional hasta hoy?

La respuesta del filósofo francés Jacques Derrida, en su conferencia frecuentemente citada de la Universidad de Cornell, del año 1983, resuena con igual fuerza que en el origen moderno de esta institución.

“Tener una ‘razón de ser’ —decía él en esa ocasión— es tener una justificación para existir, tener un sentido, una finalidad, una destinación. Es asimismo tener una causa, dejarse explicar, según el ‘principio de razón’, por una razón que es también una causa (*ground*, *Grund*), es decir también un fundamento y una fundación”.³

Y a continuación declaraba: “Que yo sepa, jamás se ha fundado un proyecto de universidad contra la razón. Se puede, por consiguiente, pensar razonablemente que la razón de ser de la universidad siempre

¹ Immanuel Kant, *La contienda entre las facultades de filosofía y teología* (Madrid: Editorial Trotta, 1999), 5.

² Jorge Millas, *Idea y defensa de la universidad* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2012), 80.

³ Jacques Derrida, “Las pupilas de la universidad. El principio de razón y la idea de la universidad”, traducción de Cristina de Peretti, en *Cómo no hablar y otros textos* (Barcelona: Proyecto A, 1997), 1, disponible en https://cv2.sim.ucm.es/moodle/file.php/11491/OtrosTextosFilosofYPolitica/Derrida-Las_pupilas_de_la_Universidad.pdf.

fue la razón misma, así como una cierta relación especial de la razón con el ser”.⁴

A lo largo de los últimos doscientos años, entonces, la “idea” y los fines de la universidad han sido comunicados por medio de una serie de discursos que hablan de razón, verdad y conciencia; de ideales de formación humana; de bien público y de vocación de servicio respecto de los valores honrados por una u otra comunidad nacional. Las metáforas rectoras de esos discursos nos servirán para recapitular esa trayectoria de “ideas” y misiones de la universidad; si no de su ser, a lo menos de su *deber ser* imaginado a lo largo del curso de la modernidad.

En paralelo con la línea que de Kant a Derrida identifica universidad con razón, una segunda línea de argumentación se pregunta qué formar: ¿un “hombre cultivado” de tipo *gentleman* o bien un profesional experto, según la clásica distinción de Max Weber? El Cardenal Newman, en su obra *The Idea of a University*, es probablemente el mayor exponente del ideal de la formación del *gentleman*, a través de una educación liberal o en artes liberales, en la que los conocimientos adquiridos valen por sí mismos, sin tener a la vista un uso o utilidad posteriores, al tiempo que la persona cultiva un carácter apropiado al estatus social que está llamada a ocupar.⁵ Hasta hoy hay *colleges* y universidades —en Inglaterra y los Estados Unidos especialmente— que mantienen en alto este ideal.

En el extremo opuesto —el de la formación especializada del profesional— opera como modelo el programa napoleónico, con su énfasis en la provisión estatal, un currículo centralmente regulado, exámenes oficiales y escuelas profesionales separadas de las facultades de artes y letras. Este tipo de formación alcanza su expresión más alta en las prestigiosas *grandes écoles* que preparan a las élites francesas para la administración del Estado, los negocios y la academia.⁶

⁴ *Ibidem*, 4.

⁵ John Henry Newman, *The Idea of a University*, editado por Frank M. Turner (New Haven, CT: Yale University Press, 1996), 76-91.

⁶ Véase Walter Rüegg, ed., “Themes”, en *A History of the University in Europe. Volumen III. Universities in the Nineteenth and Early Twentieth Centuries (1800-1945)* (New York: Cambridge University Press, 2004), 3-31. Asimismo, Christophe Charle, “Patterns”, en la misma obra, 33-80.

Al medio, por así decir, de la formación de *gentlemen* y expertos, el idealismo alemán —con Wilhelm von Humboldt y Friedrich Schleiermacher a la cabeza— crea en Prusia un tercer modelo peculiar. La universidad alemana (partiendo por Berlín) se propone ofrecer una educación académica fundada en principios filosóficos —como unidad entre ciencias y humanidades y de investigación y docencia—, en un ambiente donde maestros y estudiantes trabajan juntos en seminarios, y los jóvenes aprenden a desarrollar sus habilidades de investigar, hacer descubrimientos y presentarlos, según Schleiermacher.⁷ A cambio de protección, autonomía y financiamiento otorgados por el Estado, la nueva universidad alemana asegura a sus miembros la posibilidad de trabajar en *Einsamkeit und Freiheit*, aislamiento y libertad, reclusos en una “torre de marfil” al precio de no intervenir en las controversias del día. Los jóvenes a su vez pueden aspirar allí a una auténtica *Bildung*, esto es, “al más alto y armónico (auto)desarrollo o (auto)cultivo de las facultades humanas hasta alcanzar una plena y consistente forma” como persona moral y buen ciudadano, idea enunciada por Wilhelm von Humboldt.⁸

Dentro de esta misma línea argumental hay todavía otra propuesta, la de Ortega y Gasset de los años 1930, según la cual la misión de la universidad en una sociedad de masas es educar al hombre medio, formándolo para el desempeño de profesiones especializadas al mismo tiempo que como un hombre culto, familiarizado con los conocimientos esenciales de física, biología, historia, sociología y filosofía.⁹

Una tercera línea de argumentación busca definir a la universidad por su función en la sociedad. Karl Jaspers, el filósofo existencialista alemán, la preside con su famoso dictum: “La universidad es la sede en la cual la sociedad y el Estado permiten el florecimiento de la más clara conciencia de la época”.¹⁰ Una universidad, por tanto, que actúa —con-

⁷ Citado en Charle, “Patterns”, 48.

⁸ Citado en Henrik Bohlin, “Bildung and Moral Self-Cultivation in Higher Education: What Does it Mean and How Can it be Achieved?”, Forum on Public Policy, Södertörns högskola, Suecia, 2008, 1.

⁹ José Ortega y Gasset, *Misión de la universidad* (Madrid: Revista de Occidente – Alianza Editorial, 2007), 53-79.

¹⁰ Karl Jaspers, “La idea de la universidad”, traducido por Agustina Schroeder Castelli, en *La idea de la universidad alemana*, de varios autores (Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1959), 342.

forme a su propia autonomía, libertad de sus miembros y razón de ser— como un órgano reflexivo de la sociedad; que asume la responsabilidad de ser conciencia intelectual de su tiempo, dice Jaspers en otra parte.¹¹

Durante los años 1960, sectores intelectuales latinoamericanos hicieron propia esa “idea” de universidad como conciencia, transformándola, bajo el efecto combinado del pensamiento católico progresista y del marxismo, en conciencia de la nación, el pueblo o una clase social. Así, el famoso *Documento de Buga*, preparado para el Celam en 1967, definía a la universidad como “conciencia viva de la comunidad humana a la cual pertenece”, compromiso que debía llevarla a apartarse de la “torre de marfil” prusiana para volverse, como decía el mismo documento, un “foco de concientización de la realidad histórica”.¹² El riesgo, claro está, como anticipó tempranamente José Medina Echeverría, uno de los padres de la sociología iberoamericana, era comprometer a la universidad militantemente con los “ruidos de la calle”, dejándola a merced de las turbulencias del entorno. Efectivamente, la metáfora de la universidad-conciencia experimentó una progresiva radicalización en nuestra región; léase: conciencia moral y política, conciencia crítica, conciencia de cambio, conciencia revolucionaria y antiimperialista.

Dentro de esta misma línea de argumentación funcional es necesario mencionar, por último, a Clark Kerr, presidente de la Universidad de California en Berkeley, cuyo libro del año 1964 —de título impecablemente funcionalista: *The Uses of the University*— acuñó el término *multiversidad*, que el autor asimilaba a “una ciudad de infinita variedad”; una serie de comunidades sueltamente acopladas bajo un nombre común, una junta de gobierno y unos propósitos relacionados entre sí. Nace así un nuevo tipo de institución, decía el autor, ni pública ni privada, no enteramente del mundo ni aparte de él, una estación de servicio para todo público; en suma, una institución surgida de un imperativo histórico antes que de una elección racional entre alternativas igualmente elegantes.¹³

¹¹ Karl Jaspers, *The Idea of the University*, editado por Karl W. Deutsch (Boston: Beacon Press, 1959), 121.

¹² Consejo Episcopal Latinoamericano (Celam), “Los cristianos en la universidad”, Departamento de Educación y de Pastoral Universitaria, Bogotá, 1979, 18 y 23.

¹³ Clark Kerr, *The Uses of the University* (New York: Harper Torchbooks, 1963), 1-9.

II

Con la *multiversidad* hemos arribado al presente; un territorio pos-moderno, donde la escena mundial se halla poblada por miles, decenas de miles, quizá cien mil instituciones de educación superior. Más de diez mil existen sólo en América Latina, de las cuales 3.500 ostentan el nombre de universidad. No hay ninguna “idea” que las funde, justifique o pueda incluirlas a todas. Resulta imposible predicar que cada una individualmente sea un *locus veritatis* o que colectivamente tengan la misma razón de ser o institucionalicen por igual la conciencia de la nación o formen coherentemente un mismo tipo humano.¹⁴

Incluso más: a esta altura podemos preguntarnos, igual como hace un historiador británico, por qué la universidad moderna necesitaría una “idea” fundante, en el sentido de una razón de ser o una justificación. Confiesa que le parece una cuestión misteriosa.¹⁵ Lo mismo me sucede a mí.

Digamos así: no es a Kant, Jaspers o Derrida, sino que a Max Weber y a los estudiosos de las organizaciones académicas a quienes hoy necesitamos recurrir. En efecto, debemos examinar si acaso la premisa misma de que la vasta y extraordinariamente compleja estructura del moderno sistema universitario está sostenida por una “idea” no resulta en extremo irreal. Seguramente arribaríamos a la conclusión de que “las organizaciones ya no materializan una idea”, como dice Habermas en este punto, refutando el idealismo alemán.¹⁶

En efecto, el estudio de las organizaciones académicas no puede soslayar el hecho de la diferenciación y especialización funcional de los sistemas de educación superior, ni la variedad de tribus y subculturas disciplinarias que a partir de allí se forman, cada una con sus propios referentes cognitivos y normativos. No hay cabida ya para una concepción unitaria de las ciencias a la que todavía aspiraba Humboldt ni para

¹⁴ Ver José Joaquín Brunner, “Universidad para todos”, *Estudios Públicos* 124 (2011): 151-170, disponible en http://www.cepchile.cl/1_4980/doc/universidad_para_todos.html/.

¹⁵ Sheldon Rothblatt, *The Modern University and Its Discontents. The Fate of Newman's Legacies in Britain and America* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), cap. 1.

¹⁶ Jürgen Habermas y John R. Blazek, “The Idea of the University: Learning Processes”, *New German Critique* 41 (Special Issue on the Critiques of the Enlightenment, 1987): 3-22.

una jerarquía de las facultades como defendía Kant. La “idea de la universidad” ha dado paso al bazar cultural de la posmodernidad.

Pero, ¿qué es la posmodernidad? Aquí será entendida como una transformación de la educación superior —masiva y cada vez más minuciosamente diferenciada— que deja de justificarse en nombre de “grandes relatos” o “ideas” fundantes y, en cambio, se hace parte del fenómeno de creciente instrumentalización del conocimiento en todos los ámbitos. En breve, es lo que Lyotard —padre del término tal como aquí lo empleamos— describió como el irresistible avance de la *performatividad*; esto es, el predominio del “criterio tecnológico” en todos los ámbitos de la cultura; el principio de la más eficiente razón entre insumo y producto; en fin, la mercantilización del conocimiento convertido en *commodity*.¹⁷

Fin de los grandes “relatos” o de los discursos sobre la “idea de la universidad” moderna no significa, sin embargo, ausencia de variadas narrativas y lecturas sobre esta institución. Seguramente aquella que hoy domina en nuestro campo de debate sea la narrativa del “capitalismo académico”¹⁸, cuyas reglas de economía política y expresión en políticas neoliberales explicarían las transformaciones contemporáneas de la educación superior: diferenciación y masificación de los sistemas nacionales; aparición de nuevos proveedores privados; competencia entre organizaciones académicas por personal, recursos y prestigio; débil coordinación provista por mercados desregulados; obligación para las instituciones —incluidas las universidades estatales— de obtener una parte de sus ingresos mediante el cobro de aranceles y la venta de servicios y productos de conocimiento, y un Estado subsidiario que se limita a financiar la libre elección de oportunidades de estudio (soberanía del consumidor) y a suplir las fallas del mercado.

Como resultado de esas transformaciones se generaría una serie de contradicciones culturales que —se sostiene— acabarían por negar las “ideas” e ideales propios de la tradición de la universidad moderna.

¹⁷ Jean-François Lyotard, *The Postmodern Condition: A Report on Knowledge*, traducido por Geoff Bennington y Brian Massumi (Manchester: Manchester University Press, 1984). Original: *La Condition Postmoderne: rapport sur le savoir* (Paris: Minuit, 1979).

¹⁸ Sheila Slaughter y Gary Rhoades, *Academic Capitalism and the New Economy: Markets, State, and Higher Education* (Baltimore, MD: The Johns Hopkins University Press, 2004).

Dicho en una frase: la universidad dejaría de ser la sede de la razón y la conciencia más clara de la época para convertirse en un aparato del conocimiento útil; una máquina de desempeños eficientes y rendición de cuentas, donde toda actividad es medida y se ordena en función de la productividad y los beneficios para la economía y la sociedad. La universidad, acusan los críticos, se habría vuelto *performativa*; es decir, una organización ocupada en asegurar la mejor *optimización* de todas sus acciones.

III

Frente a este cuadro, el gobierno de la Presidenta Bachelet promete un cambio de paradigma: tanto a nivel programático, sustituyendo un modelo de políticas neoliberales por un modelo socialdemócrata relativamente ortodoxo o nórdico; como también a nivel estructural o de economía política del sistema, pasando de un sistema mixto de provisión coordinado principalmente (se dice) por el mercado a uno gobernado, regulado y financiado principalmente por el Estado. En la práctica, este doble cambio de paradigma debería producir un desplazamiento de la educación superior chilena en tres dimensiones fundamentales:¹⁹

Primero, desde su actual estatuto de bien de consumo —una mercancía disponible por un precio— a uno que garantice su carácter de derecho social, un bien público de acceso universal gratuito.

Segundo, desde un régimen mixto de provisión conducido y coordinado por el mercado a uno conducido y coordinado más vigorosamente por el Estado, poniéndose fin así al actual déficit de gobierno del sistema y a su crecimiento inorgánico, no-planificado.

Y tercero, desde un sistema financiado mayoritariamente por recursos privados (de hogares, estudiantes y agentes privados) a uno financiado mayoritariamente por la renta nacional, donde el sector de instituciones estatales (en expansión) operaría en el futuro mediante subsidios directos a los proveedores, mientras las organizaciones privadas, debidamente acreditadas y calificadas por el Estado, se regirían por precios públicos y actuarían bajo estrictas reglas de no-lucro, exigencias de calidad, rendición de cuentas y compromisos de desempeño suscritos con el gobierno.

¹⁹ Véase José Joaquín Brunner, “Un análisis de política de la política educacional”, *Debate Universitario* 6 (mayo 2005), ISSN en línea 2314 – 1530, 7-15.

En suma, estaríamos transitando (o buscaríamos hacerlo) desde la concepción de que la universidad moderna deriva su identidad de una “idea” racional fundante a una situación en que diversas narrativas (creencias, ideologías) buscan describir e interpretar el estado de la educación superior e inspirar políticas públicas dirigidas a mantener o a cambiar ese estado de cosas.

Varios elementos pertenecientes a las “ideas” elaboradas a lo largo de la modernidad para dar cuenta de la universidad y fundar su razón de ser son usados ahora difusamente para elaborar estas nuevas narrativas e incidir en el futuro desarrollo del sector.

Las coordenadas básicas en el campo del debate sobre la educación superior son claras. Reducidas a un simple esquema binario, en el ámbito de la economía política los modelos en juego se articulan en torno al Estado o el mercado; en el plano de las políticas públicas, en torno a los paradigmas neoliberal o socialdemócrata.

Las “ideas de universidad” —de Kant a Derrida, del idealismo germano al posmodernismo francés, de ser conciencia de una época a conciencia militante— apenas subsisten como elementos dispersos y descontextualizados dentro de las narrativas que han venido a sustituir a aquellas ideas. A lo más sirven a propósitos polémicos o, en ocasiones, puramente ceremoniales o rituales, cuando no son sólo la expresión de una memoria desolada.

Pudiera ser verdad entonces que la universidad no necesita ya una “razón de ser”, una justificación, toda vez que se ha convertido en un aparato central de la educación de masas, la certificación para el trabajo y la producción de conocimiento útil, de la cual se esperan beneficios económicos, de integración social y de difusión cultural.

Si así fuera, si efectivamente hubiese ocurrido que la educación superior se ha convertido en un vital servicio público, una pieza del Estado de bienestar contemporáneo, entonces se entendería que no requiera más una “idea” fundante, sino sólo políticas que aseguren el libre acceso al servicio, la distribución más equitativa posible, procesos y medios efectivos, resultados eficientes, transparencia y rendición de cuentas.

En suma, la universidad posmoderna estaría plenamente instalada y justificada en el reino de la *performatividad*. De ahora en adelante, las cuestiones que antes se abordaban especulativamente en el terreno

de las grandes “ideas” se resolverían mediante arreglos pragmáticos del estilo: cuánto Estado, cuánto mercado, y mediante qué instrumentos de política socialdemócrata o neoliberal. El resto queda entregado a consideraciones de productividad y mediciones de eficiencia funcional. *EP*

ENSAYO

“EL LEGADO” DE GOETHE*

Otto Dörr Zegers

Universidad de Chile

RESUMEN: En “El legado”, uno de sus últimos poemas, Johann Wolfgang von Goethe sintetiza su posición frente a preguntas fundamentales: el sentido del ser, la verdad, Dios, el alma, la ética y el papel que desempeñan los sentidos y la capacidad de observación de la naturaleza para el desarrollo de la ciencia. En este artículo, el médico y psiquiatra Otto Dörr hace un análisis hermenéutico de sus estrofas, a través del cual intenta sacar a la luz la sabiduría que encierra este poema. Además muestra de qué manera Goethe se adelantó a muchos desarrollos posteriores de la filosofía, como los de Husserl, Heidegger y Lévinas.

PALABRAS CLAVE: Goethe, racionalismo francés, romanticismo alemán, fenomenología, Husserl, Rilke.

“THE LEGACY” OF GOETHE

ABSTRACT: In “*The Legacy*”, one of his last poems, Johann Wolfgang von Goethe summarizes his position on fundamental questions: the reason for being, truth, God, the soul, ethics and the role played by the senses and the capability of observing nature for the development of science. In this article, the physician and psychiatrist Otto Dörr undertakes an explanatory analysis of its stanzas, through which

OTTO DÖRR ZEGERS. Médico psiquiatra de la Universidad de Chile y doctor en medicina por la Universidad de Heidelberg. Profesor titular de psiquiatría en la Universidad de Chile y miembro de número de la Academia de Medicina del Instituto de Chile. Entre otros libros, ha publicado *La palabra y la música. Ensayos inspirados en la poesía de Rainer Maria Rilke* (2007). Email: odoerrz@gmail.com.

* Versión revisada de la conferencia leída por el autor en sesión ordinaria de la Academia de Medicina del Instituto de Chile, en Santiago, el 1 de junio de 2011.

he tries to bring to light the wisdom incorporated in this poem. He also shows us how Goethe was clearly ahead of many subsequent developments of philosophy, such as those of Husserl, Heidegger and Levinas.

KEYWORDS: *Goethe, French rationalism, German romanticism, Phenomenology, Husserl, Rilke.*

Nadie podría pretender, en pocas páginas, hacer ni siquiera el intento de resumir el legado de este hombre universal que fue Johann Wolfgang von Goethe (Frankfurt, 1749 – Weimar, 1832), máximo representante de la cultura alemana. Su obra más conocida es, por cierto, la literaria, donde se destacó como poeta, dramaturgo y novelista, pero también incursionó con singular éxito en el campo de las ciencias naturales y de la filosofía de las ciencias. Notables son sus estudios sobre el sentido de la vista y la naturaleza de la luz, así como su original y revolucionaria teoría de los colores. También habría que recordar sus extraordinarios aportes a la teoría de la evolución —publicados 50 años antes que la trascendental obra de Darwin—, sus estudios de anatomía comparada, de botánica, de mineralogía, de geología y de cosmología. Fue además un muy buen dibujante y pintor, hasta el punto de haber llegado a pensar en dedicarse de lleno a la pintura, proyecto que abandonó durante su viaje por Italia, realizado entre 1786 y 1788, al encontrarse cara a cara con la grandeza de los pintores del Renacimiento, en particular con la obra de Rafael. Por último no debemos olvidar su importancia política, puesto que durante 50 años desempeñó importantes cargos en el principado de Sajonia-Weimar, entre otros, como ministro de Cultura y Educación. Su fama de genio incomparable era tal que, en dos oportunidades, el gran Napoleón quiso entrevistarse con él, al pasar cerca de Weimar en viaje a Viena. No podría ser entonces al inabarcable legado que Goethe dejara a la humanidad a lo que nos vamos a referir, sino específicamente a una poesía con el título “Das Vermächtnis” (legado o testamento) y que él escribió al cumplir los 80 años, edad inverosímil en una época en que el promedio de vida oscilaba entre los 30 y los 40 años.

Esta famosa poesía está compuesta por siete estrofas, pero nos limitaremos al análisis de las cinco primeras, porque en cada una de ellas Goethe toca un tema trascendente y de alcance universal. En las últimas

dos, en cambio, el poeta da al lector algunos consejos más concretos, aunque no por ello menos importantes.

En la primera se refiere al carácter eterno del ser. En la segunda desarrolla el tema de la verdad. En la tercera nos llama a alejarnos de los afanes del mundo y reflexionar sobre el carácter ético de cada una de nuestras acciones. En la cuarta estrofa nos recuerda que el mundo está lleno de riquezas y que la única forma de conocerlo es siendo fiel a lo que nos transmiten los sentidos (en oposición a las meras elucubraciones). Y por último, en la quinta estrofa, que es una suerte de apoteosis, el poeta vincula el gozo de los sentidos de la estrofa anterior con la perfección de las leyes de la naturaleza y la superación del tiempo hacia lo eterno. He aquí la poesía en su idioma original y la versión en castellano en una traducción propia (en un anexo, las estrofas sexta y séptima):

Vermächtnis (1829)

Kein Wesen kann zu nichts zerfallen!
 Das Ewge regt sich fort in allen,
 am Sein erhalte dich beglückt!
 Das Sein ist ewig: denn Gesetze
 bewahren die lebendgen Schätze,
 aus welchen sich das All geschmückt.

Das Wahre war schon längst gefunden,
 hat edle Geisterschaft verbunden:
 Das alte Wahre, fass es an!
 Verdank es, Erdensohn, dem Weisen,
 der ihr, die Sonne zu umkreisen,
 und dem Geschwister wies die Bahn.

Sofort nun wende dich nach innen:
 Das Zentrum findest du da drinnen,
 woran kein Edler zweifeln mag.
 Wirst keine Regel da vermissen:
 Denn das selbständige Gewissen
 ist Sonne deinem Sittentag.

Den Sinnen hast du dann zu trauen:
 Kein Falsches lassen sie dich schauen,
 wenn dein Verstand dich wach erhält.
 Mit frischem Blick bemerke freudig
 und wandle, sicher wie geschmeidig,
 durch Auen reichbegabter Welt.

Geniesse mässig Füll und Segen;
 Vernunft sei überall zugegen,
 wo Leben sich des Lebens freut.
 Dann ist Vergangenheit beständig,
 das Künftige voraus lebendig,
 der Augenblick ist Ewigkeit.

El legado (1829)

¡Ningún ser puede desintegrarse hacia la nada!
 Pues lo eterno vive y se prolonga en cada uno.
 ¡Feliz mantente entonces en el Ser!
 Él es eterno, porque las leyes
 conservan los tesoros vivos
 con los cuales se alhaja el universo.

Lo verdadero fue encontrado hace ya tiempo
 y ha unido a los espíritus más nobles.
 ¡Toma las verdades más antiguas!
 Hijos de la tierra, agradeced al sabio
 que a ella y a su hermana
 señaló el camino alrededor del sol.

Ahora, vuelve de inmediato a tu interior:
 es allí donde encontrarás el centro
 del que no puede dudar ningún ser noble.
 Ahí no echarás de menos regla alguna,
 porque la conciencia, autónoma,
 es como el sol para el día de tus costumbres.

Entonces tienes que confiar en los sentidos,
porque ellos no te dejarán mirar lo falso,
si es que tu espíritu te mantiene despierto.
Con mirada nueva observa tú con alegría,
mientras paseas, seguro y ágil, por los prados
de un mundo colmado de riquezas.

Goza con moderación lo pleno y lo bendito
y que la razón esté siempre y en todas partes a la mano,
allí donde la vida se alegra de la vida.
Porque el pasado permanece,
el futuro, vivo, se anticipa
y el momento es una eternidad.

PRIMERA ESTROFA

En los primeros dos versos y, como nadie antes con esa decisión, afirma Goethe la eternidad del ser. Pero no se trata aquí del ser inmóvil de Parménides, que niega el cambio. Ya sabemos cómo Goethe, al igual que cien años más tarde Rilke, en uno de los Sonetos a Orfeo (II, 12) sostiene que la metamorfosis, el cambio evolutivo, está en la esencia de la vida misma. "Muere y llega a ser", es su llamado en otra de sus poesías más famosas, "Selige Sehnsucht" ("Feliz anhelo"), inspirada en el amor de la mariposa por la llama que significará su muerte. Con otras palabras, la eternidad del Ser de Goethe no es estática, sino dinámica. Él se adelantó 200 años a los científicos modernos que, desde distintas ramas del saber (física, química, biología, etcétera), han llegado a la conclusión de que los entes reales no son "sub-stancias" compuestas por la suma de elementos singulares, sino partes de estructuras y sistemas, vale decir, un conjunto de elementos interrelacionados íntimamente, cuya esencia misma es el cambio, que en el ámbito de lo humano equivale a la historicidad: "pues lo eterno se prolonga en cada uno". El tema de la permanencia a pesar del cambio le preocupó toda su vida, habiéndose constituido en uno de los grandes motivos de su tragedia *Fausto*. De hecho, la última estrofa de esta obra magna empieza con esos versos estremecedores que aluden justamente al tema en cuestión: "Todo lo transitorio es sólo una metáfora...", vale decir, que el mundo

terrenal es sólo un reflejo de un mundo superior y eterno, una metáfora de lo divino.

Estos primeros versos de “El legado”, así como los versos citados del *Fausto*, se tornan aún más impresionantes cuando se piensa que la física moderna está llegando en los últimos años a una conclusión según la cual no sólo se conserva la energía, sino también la información. Esta teoría ha sido defendida recientemente por el astrofísico Stephen Hawking en un congreso sobre relatividad general y gravitación en Dublín (2004). Hawking parte reconociendo que durante mucho tiempo él sostuvo lo contrario, que la información se perdía en los agujeros negros, pero luego intenta demostrar que en sus últimos desarrollos, tanto teóricos como experimentales, llegó a la conclusión de que la información era capaz de atravesar los agujeros negros y que, por lo tanto, era eterna. “Todo lo que la observación en el infinito puede determinar es que existe un mapa desde los estados iniciales hasta el final y que esa información no se pierde”, dijo.¹ Y más adelante afirmó con énfasis: “La información permanece firmemente en nuestro universo y siento desilusionar a los seguidores de la ciencia-ficción, porque si la información se conserva, no existe la posibilidad de utilizar a los agujeros negros para viajar a otros universos”.² Si pensamos que cada ser es un mosaico único e irrepetible de información y ésta no desaparece con la muerte o destrucción material de ese ser, estaríamos enfrentando por primera vez la posibilidad de un fundamento científico para ese antiguo sueño del ser humano de tener un alma inmortal. Goethe fue aún más explícito en su intuición sobre la eternidad del ser al afirmar en uno de sus aforismos que “todo lo que nace busca su espacio y quiere permanecer”.³

En este ser que somos en cada caso y que al mismo tiempo nos trasciende hacia lo infinito del Ser divino debemos mantenernos siempre felices, con la certeza de compartir con él su eternidad. Luego fundamenta Goethe el porqué de la eternidad del ser: “Porque las leyes conservan los tesoros vivos con los cuales se alhaja el universo”. La palabra usada por el poeta en el original es *das All*, que tiene un doble

¹ Stephen Hawking, “The information conservation”, discurso en la 17th International Conference on General Relativity and Gravitation, Dublin (21 de julio de 2004).

² *Ibidem*.

³ Johann Wolfgang von Goethe, *Aphorismen und Fragmente*, en *Gedenkausgabe*, tomo XVII (Zürich y Stuttgart: Artemis Verlag, 1966), 710.

significado: por un lado "universo", "cosmos", y por otro, "el todo", "la totalidad". Pienso que el poeta está empleando esta expresión en ambas significaciones. Por una parte, lo aludido aquí es el universo y en cierto modo la naturaleza toda la que goza de la infinidad de seres surgidos en y de ella. Recordemos que para Goethe la naturaleza alcanza una dimensión casi divina. Así, en sus *Aforismos y fragmentos* leemos: "Quien quiera negarle a la naturaleza su carácter de órgano divino, está negando al mismo tiempo toda forma de revelación". Y luego agrega: "La naturaleza esconde a Dios, pero no a todos".⁴ El segundo significado de *All*, el todo, se confunde con la divinidad. Es decir, no sólo la naturaleza sino que Dios mismo se adorna con las cosas que ha creado ("los tesoros vivos") y que se rigen por leyes perfectas y eternas, cualidades que vienen a ser también sus atributos. Ese *All*, esa totalidad, representa entonces tanto a Dios como a la naturaleza. Pero ¿cómo conciliar una divinidad impersonal (la naturaleza) con una personal (Dios)? El panteísmo sostiene que Dios y la naturaleza son lo mismo, y algo así se deja entrever en el aforismo citado más arriba. Sin embargo, y como veremos en la segunda estrofa, la existencia de un Dios personal no es negada por el poeta; más aún, en sus escritos científicos, al referirse a la polaridad de los fenómenos, habla de Dios y el Universo como de entes distintos y en cierto modo contrapuestos.⁵ Por último, el ya mencionado final del *Fausto* es una demostración más de su profunda fe en un Dios único y personal.

SEGUNDA ESTROFA

El tema de la segunda estrofa es la verdad. El poeta nos ofrece dos características de "lo verdadero". La primera es que fue encontrado hace ya tiempo, vale decir, que el hombre ha estado desde siempre vinculado a la verdad. El hombre es un ser que, como nos dirá Heidegger⁶ más tarde, necesita la iluminación (*die Lichtung*) de la verdad. De algún modo su vida consiste en ir descubriendo verdades y sentidos. Aquellos que cumplen con esta misión son, por cierto, "los espíritus más

⁴ Goethe, *Aphorismen*, 708.

⁵ J.W. Goethe, "Polarität", en *Schriften zur Wissenschaftslehre*, en *Gedenkausgabe*, tomo XVI (Zürich y Stuttgart: Artemis Verlag, 1966), 863.

⁶ Martin Heidegger, *Von Wesen der Wahrheit* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1961).

nobles”. Todo el problema de la autenticidad, del imperativo délfico “conócete a ti mismo”, de las oscuridades propias de cada ser, que han de ser develadas para alcanzar la verdadera salud, en el sentido griego de la palabra, la función de la psicoterapia⁷, etcétera, todo ello está ligado al tema de la verdad que toca el poeta en estos versos. Lo segundo que nos dice al respecto es que para orientarnos en la vida debemos aferrarnos a “las verdades más antiguas”, vale decir a los mitos, a las creencias religiosas, llenas como han estado siempre de un contenido de verdad, capaz de mantener su fecundidad por siglos. Recordemos que los grandes creadores de cultura han sido siempre los fundadores de religiones. Pensemos en Buda, Lao-Tsé, Jesús o Mahoma. Sócrates sería una excepción en el sentido que fue, sin duda, un creador de cultura, pero no fundó ninguna religión particular. Sin embargo, nadie dudaría en considerarlo como un hombre profundamente religioso.

En la segunda parte de esta estrofa hace Goethe una clara referencia a ese Dios personal que echábamos de menos en la primera. Y así es como él llama al “hijo de la tierra” a agradecer al “sabio” que creó las leyes eternas entre las cuales está también el girar de los planetas en torno a sus estrellas. Con “la hermana” está aludiendo el poeta aquí a la luna. Ahora bien, al destacar en Dios el atributo de sabio, es posible que Goethe haya querido también honrar la memoria de algunos de esos hombres sabios que a lo largo de la historia han contribuido en forma determinante al descubrimiento de esas leyes. Los nombres de Copérnico y de Galileo resuenan aquí en toda su grandeza, si recordamos las múltiples dificultades que tuvieron para convencer al mundo, entre otras cosas, de que la tierra no era el centro del universo. La relación entre estos científicos y el tema central de la estrofa en cuestión no puede ser más evidente: pensemos en la consecuencia que ellos mostraron en la búsqueda y defensa de la verdad.

TERCERA ESTROFA

La tercera estrofa tiene dos temas, a su vez muy relacionados entre sí. El primero se refiere a la necesidad que tiene el hombre de mirar al interior de sí mismo y aprender a conocerse; y el segundo, a la concien-

⁷ Ver Otto Dörr, “El desafío ético en la psiquiatría”, *Revista Médica de Chile* 121 (1993): 811-818.

cia moral y por ende, a la libertad inherente a nuestros actos. El llamado "vuelve de inmediato a tu interior" implica de algún modo que la natural tendencia del hombre es la contraria: salirse de sí mismo, perderse en el "se" —el *das Man* de Heidegger—,⁸ en el "se piensa", "se dice", "se hace". Las formas extremas de esta *Verfallenheit* (caída o disolución en el mundo) son justamente la curiosidad, el afán de novedades y la habladuría. Contra todo ello nos está advirtiendo Goethe en estos versos, pero también nos está remitiendo otra vez al imperativo delfico "conócete a ti mismo" y a la ética socrática del reconocer la propia ignorancia, para desde ahí dirigir nuestras acciones hacia la virtud y la sabiduría.

Pero esta vuelta hacia lo interior, que a una mirada superficial podría ser confundida con un retiro egoísta del mundo y de la comunidad, lleva implícita una advertencia: "es allí donde encontrarás el centro". ¿De qué centro se trata? Porque Goethe no podría estar refiriéndose aquí a un "centro" meramente espacial. Quizás otro gran poeta de lengua alemana pueda ayudarnos a resolver el problema. Se trata de Rainer Maria Rilke (1875-1926), quien en el "Soneto XXVIII" de la segunda parte de los *Sonetos a Orfeo* nos habla también de un "centro" trascendental. Así, en el primer terceto dice: "Tú aún conocías el lugar donde se elevó la lira, / resonando: *el inaudito centro*". Y poco antes había dicho: "Porque ella / sólo se agitaba entera al escuchar a Orfeo con su canto". "Ella" es aquí la naturaleza. Pero para comprender estos versos tendríamos que recordar, aunque sea sucintamente, la historia de Orfeo. Según el mito, este semidios, hijo y discípulo de Apolo, después de perder por segunda vez a su adorada esposa Eurídice, se retiró a las montañas y, como forma de trascender su dolor, se dedicó a la labor de espiritualizar el mundo, y en particular, a los animales y a los hombres. Esta maravillosa obra la realizó Orfeo a través de dos instrumentos: la lira y el canto, vale decir, la música y la palabra, herencia que nos dejó luego al morir descuartizado en manos de las pérfidas Ménades, sacerdotisas de Dionisio, las que estaban sedientas de venganza por haber sido repudiadas por Orfeo después de la muerte de Eurídice. ¿Qué es entonces el "inaudito centro"? Pues nada menos que ese lugar mágico donde se produjo el encuentro entre la naturaleza y el espíritu. Trasla-

⁸ Martin Heidegger, *Sein un Zeit* (Tübingen: Niemeyer Verlag, 1963).

dado esto a la interioridad aludida por Goethe y en la cual deberíamos encontrar el “centro”, cabe suponer que se trata del punto de equilibrio (o de encuentro) entre todo lo que en nosotros viene dado desde lo endógeno (caracteres hereditarios, disposición anímica, instintos, vale decir la *Geworfenheit* de Heidegger) y nuestra libertad, o dicho con otras palabras, se trata aquí de esa ecuación fundamental que se da en la vida del hombre entre necesidad y libertad. Y con ello conectamos con la segunda parte de esta estrofa.

Ésta se refiere, como anunciamos en la introducción, al tema de la conciencia moral (*das Gewissen*). Dos son las ideas fundamentales expresadas en estos versos: que ahí (en el centro) “no echaremos de menos regla alguna” y luego que la conciencia moral es “autónoma”. La primera es ambigua y tiene dos lecturas en cierto modo contradictorias: una es que, desde la perspectiva del “centro” aquel, no nos harán falta las reglas, porque la conciencia (moral) misma, al ser “autónoma”, se encargará de iluminar, como el sol al día, cada una de nuestras acciones. De paso quisiera advertir que la expresión empleada por el poeta “*der Sittentag*” y que nosotros tradujimos como “tu conducta moral de cada día”, no existe en el alemán cotidiano. Se trata de una invención del poeta, hecha, posiblemente, tanto por razones de tipo métrico como por su afán de condensar en pocas palabras una gran riqueza semántica. La otra lectura es la siguiente: no echaremos de menos regla alguna en nuestro interior, porque ahí ya se encuentran previamente todas y la conciencia no necesitará sino apelar a ellas para que nuestros actos las sigan. ¿Habrà querido Goethe dejar esta parte de su legado en la ambigüedad? Pienso que no y que la primera es la lectura correcta, y esto por dos razones. La primera es que la época en que le tocó vivir a Goethe estaba todavía muy llena de prejuicios, prejuicios que él combatió con pasión desde una postura, aunque políticamente conservadora, muy libertaria. La otra es la decisión con que él declara aquí la autonomía de la conciencia moral, vale decir, la no sujeción de ésta a cánones externos rígidos y absolutos. En todo caso, desde cualquiera de las dos interpretaciones, nos encontramos aquí con un llamado a considerar el carácter fundamentalmente ético de nuestros actos y decisiones, los que deberán ser precedidos siempre por una vuelta hacia la interioridad, una búsqueda del centro y un tranquilo esperar que ellos sean iluminados por la conciencia.

CUARTA ESTROFA

El tema de esta estrofa es profundamente goetheano: si quieres conocer la realidad debes ser fiel a tus sentidos y no confiar en las meras elucubraciones. Él fue un gran observador de la naturaleza y así lo demuestran sus múltiples aportes a las ciencias naturales. Su posición crítica frente a la filosofía especulativa de su época la expresa con mucha decisión en una carta a F. H. Jacobi del 23 de noviembre de 1801: "Lo que me hace mantener una cierta distancia con respecto a la filosofía... es cuando se dedica de preferencia a separar, pues entonces yo no me entiendo con ella y puedo decir aún más, que ella me ha perjudicado al interferir en mi desarrollo natural. En cambio, cuando la filosofía une, o mejor dicho, cuando fortalece nuestra percepción originaria *de que nosotros y la naturaleza somos uno* y luego transforma esto en una visión tranquila y profunda... entonces me es ella bienvenida...".⁹ Pero su glorificación de los sentidos y del conocimiento empírico, fundamento de toda ciencia, la manifiesta una y otra vez en sus escritos. Así leemos en sus *Aforismos y fragmentos*: "Hay una fina empírica que se identifica hasta tal punto con el objeto que llega a ser una auténtica teoría".¹⁰ Y más adelante afirma: "Pensar es más interesante que saber, pero menos que intuir".¹¹ ¡Cuántas teorías sobre la realidad no se han demostrado como falsas a través de la historia! En cambio, cuando el hombre ha sido fiel tanto a su percepción sensorial como a su intuición —la que en el sentido de la palabra alemana *Anschauung* significa ver los objetos en profundidad hasta descubrir su esencia— ha podido permanecer alejado del error ("no te dejarán mirar lo falso"); más aún, se podría decir que casi todos los grandes descubrimientos de la ciencia han sido el producto de percepciones muy acuciosas o de magistrales intuiciones. En un segundo momento viene, según el caso, el experimento confirmatorio o la elaboración teórica que llevan al establecimiento de la ley. En estos versos vemos también anunciarse algunos de los principios fundamentales de la fenomenología de Husserl como, por ejemplo, el llamado "a las cosas mismas" y el papel tan primordial atribuido a la intuición. Goethe

⁹ J.W. Goethe, "Brief an F. H. Jacobi vom 23. November 1801", en *Goethe Briefe*, tomo II, editado por von Karl Robert Mandelkow (München: Hamburger Ausgabe, 1988), 423.

¹⁰ Goethe, *Aphorismen*, 723.

¹¹ Goethe, *Aphorismen*, 726.

fue en cierto modo el primer fenomenólogo en la historia del pensamiento y suyo es el concepto de *Urphänomen* (fenómeno originario).¹²

En la segunda parte de esta estrofa el poeta insiste en el valor de los sentidos y aprovecha de recordarnos que el mundo “está colmado de riquezas” y que si mantenemos el espíritu despierto y estamos dispuestos a no cerrarnos a lo mucho que el mundo nos puede ofrecer (“con mirada nueva observa tú con alegría...”), entonces y sólo entonces estaremos en condiciones de hacer nuestro camino por la tierra colmados de alegría y con paso “seguro y ágil”.

QUINTA ESTROFA

La última estrofa comienza con un llamado a gozar, pero con moderación, tanto la plenitud de la vida terrena, como también lo sagrado (“lo bendito”). El ser humano, a diferencia del animal, puede experimentar, a través de los sentidos, las “riquezas” del mundo y de la vida de manera consciente, pero al mismo tiempo tiene la posibilidad de acceder al mundo del espíritu, al mundo trascendente. Goethe fue un hombre que buscó siempre el equilibrio y en ese sentido es muy helénico: equilibrio entre el goce de los sentidos y el del espíritu, entre las ciencias naturales y las ciencias humanas, entre el racionalismo y el romanticismo, entre lo terrenal y lo divino. Esa “moderación” que él proclama en el primer verso es también un llamado al equilibrio. Un ejemplo notable de su visión equilibrada e integradora lo encontramos otra vez en sus *Aforismos y fragmentos*, cuando dice: “La naturaleza y la idea (en el sentido de espíritu)¹³ no se pueden separar sin que con ello se destruya el arte y también la vida”.¹⁴ El segundo verso expresa un deseo que es muy propio de su primera época: “que la razón esté siempre y en todas partes a la mano...”. Recordemos que Goethe, aun cuando fue uno de los creadores e impulsores del movimiento romántico, nació en pleno siglo XVIII y estuvo muy influido por el racionalismo francés. Sin embargo, él no se queda, como buena parte de sus contemporáneos, preso de esa suerte de diosa en que se transformó la

¹² J.W. Goethe, “Urphänomen”, en *Gedenkausgabe*, tomo XVII (Zürich & Stuttgart: Artemis Verlag, 1966), 690-704.

¹³ El paréntesis es mío.

¹⁴ Goethe, *Aphorismen*, 703.

razón en ese siglo, sino que agrega de inmediato el principio de la vida: "allí donde la vida se alegra de la vida". Razón y racionalidad sí, pero en medio de una vida vivida alegremente. Ahora bien, su concepto de razón no corresponde del todo al de los racionalistas, pues ésa que él, en su testamento, desea que esté "en todas partes a la mano" es también la racionalidad y perfección que impera en la naturaleza, esa misma aludida en la primera estrofa cuando dice que "las leyes conservan los tesoros vivos / con los cuales se alhaja el universo". Su alto concepto de la vida lo encontramos expresado magistralmente en otro de sus fragmentos: "Lo más elevado que hemos recibido de Dios y de la naturaleza es la vida, ese movimiento de rotación de la mónada en torno a sí misma, que no conoce tregua ni reposo...".¹⁵

El tema final —y no podría haber sido de otra manera— es el tiempo. En su época no era un asunto de discusión filosófica habitual, como sí lo va a ser en el siglo XX con Husserl, Bergson y Heidegger. Pero Goethe, como en tantas otras cosas, se adelanta a sus contemporáneos y se enfrenta una y otra vez con el problema del tiempo y la temporalidad. En brevísimas palabras nos comunica aquí cosas esenciales sobre la temporalidad humana. En primer lugar y prescindiendo del tiempo matemático, que avanza regular e inexorablemente, el poeta nos dice que el pasado permanece, que la transitoriedad, que ese dios Cronos que todo lo devora, es una ilusión. Esta afirmación de Goethe nos recuerda lo dicho 75 años más tarde (1904) por R. M. Rilke, en una carta a Friedrich Westhoff: "Nunca hay que desesperar si algo se pierde: una persona, una alegría o una felicidad, pues todo vuelve maravillosamente... Hay que vivir *en uno mismo* y pensar en la *vida entera*: pensar en sus millones de posibilidades, de espacios y futuros, frente a los cuales nada se pierde ni se olvida".¹⁶ El verso "el futuro, vivo, se anticipa" es otro gran tema de la modernidad y de la postmodernidad. Husserl¹⁷ se refiere a él en sus escritos sobre el "tiempo inmanente" a propósito de su concepto de la *protentio*; Heidegger alude a algo análogo con su concepto de *Entwurf*

¹⁵ *Ibidem*, 772.

¹⁶ Rainer Maria Rilke, "Brief an Friedrich Westhoff vom 29. April 1904", en *Rilke Projekt - In meinem wilden Herzen*, disco editado por Richard Schönherz & Angelica Fleer (Frankfurt/Main: BMG Ariola Classics GmbH, 2002).

¹⁷ Edmund Husserl, "Phänomenologie des inneren Zeitbewusstseins", en *Phänomenologische Psychologie. Husserliana*, tomo IX, § 40, editado por von Walter Biemel (Den Haag: Martinus Nijhoff Verlag 1962), 200-206.

(proyecto) y el psiquiatra francés Jean Sutter¹⁸ desarrolla una interesante psicopatología basada en el concepto de “anticipación”, en la que demuestra de qué manera todas y cada una de las grandes perturbaciones mentales pueden ser comprendidas como distintas formas de fracaso de esa capacidad fundamental del ser humano que es vivir siempre anticipando el por-venir. En suma, Goethe nos enseña que el futuro no es algo inexistente ni tampoco un mero conjunto de posibilidades vacías, sino algo “vivo” que se encuentra ya en nosotros cuando estamos en medio del presente, el cual, al ser el sustento de las emociones y de la vida como *jouissance* (goce) en el sentido de Lévinas¹⁹ y contener al mismo tiempo el pasado y el futuro, se transforma en una verdadera eternidad.

ANEXO

A continuación, las dos estrofas agregadas por Goethe posteriormente, también en su idioma original y en una traducción propia:

Und war es endlich dir gelungen,
 Und bist du vom Gefühl durchdrungen:
 Was fruchtbar ist, allein ist wahr,
 Du prüfst das allgemein Walten,
 Es wird nach seiner Weise schalten,
 Geselle dich zur kleinsten Schar.

Und wie von alters her im stillen
 Ein Liebewerk nach eignem Willen
 Der Philosoph, der Dichter schuf,
 So wirst du schönste Gunst erzielen:
 Den edlen Seelen vorzufühlen
 Ist wünschenswertester Beruf.

Traducción:

Y si finalmente lo lograste,
 y estás lleno tú de sentimientos,

¹⁸ Jean Sutter, *L'anticipation* (Paris: Presses Universitaires de France, 1983).

¹⁹ Emmanuel Lévinas, *Totalidad e infinito* (Salamanca: Ediciones Sígueme, 1987), 267.

recuerda: sólo lo que es fecundo es verdadero.
Pon a prueba el imperio de las mayorías;
ellos tratarán a su modo de imponerse,
pero tú refúgiate en el grupo más pequeño.

Y como desde siempre y en la paz
crearon filósofo y poeta
una obra de amor a voluntad,
la más hermosa de las gracias así tú alcanzarás:
porque reconocer las almas nobles
es la labor más digna de desear. *EP*

Lucas Sierra (editor), *Diálogos constitucionales*
(Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2015).

PRESENTACIÓN

EN BÚSQUEDA DE UNA CONSTITUCIÓN LEGÍTIMA*

Enrique Barros

Universidad de Chile

I.

Al invitar a este ciclo de conversaciones ilustradas entre académicos de una generación nueva a intermedia de constitucionalistas, el coordinador señalaba que “la reforma constitucional implica hoy una gran incertidumbre, un escenario saturado de posibilidades”. La incertidumbre tiene costos serios, porque nuestras decisiones más importantes son tomadas en el horizonte dado por una cierta predicción del futuro. Y en las actuales circunstancias, ocurre que las probabilidades que del proceso constituyente salga un engendro jurídico no son despreciables.

Es esperanzador que al comenzar la última sesión de estos Diálogos Constitucionales el coordinador haya recordado esa invitación, y señalado que el ciclo había permitido reducir esa incertidumbre; o, al menos, medirla.

Iría un poco más allá. Este trabajo muestra varias cosas. Ante todo, la importancia de que en una materia jurídica tan delicada sea tratada por juristas expertos, por definida que tengan su inclinación política.

ENRIQUE BARROS. Abogado. Profesor de derecho, Universidad de Chile. Miembro del consejo directivo del Centro de Estudios Públicos. Email: ebarros@blg.cl.

* Versión revisada de la presentación realizada por Barros el martes 14 de abril de 2015, con ocasión del lanzamiento de *Diálogos constitucionales* en el CEP.

Hay mucha sabiduría acumulada por siglos en la disciplina y, por cierto, que la actual generación de constitucionalistas chilenos tiene un marco analítico mucho más ilustrado del que yo conocí en mi época de estudiante y de profesor joven de derecho.

Además, un trabajo de este tipo, en libertad y de entera buena fe, tiene la ventaja de un discernimiento en que cada cual se tiene que hacer cargo de la posición del otro. Eludir la propia pandilla es indispensable para comprender y aprender, y finalmente para convenir; especialmente en materias en las que el éxito radica en que el disenso sea la excepción.

La constitución sólo debe excluir a quienes se oponen a los principios básicos de constitucionalismo. No es un *programa político* entre otros, sino expresa una norma *común* de convivencia, que necesariamente debe incluir a gente de orientaciones tan diversas como permita una democracia constitucional.

Por eso un importante acuerdo, que fue madurando a medida que la discusión avanzaba, fue que la constitución debe ser supramayoritaria, mientras la legislación debiere regirse por la regla de mayoría (lo que ya significa un cambio significativo respecto de nuestro *statu quo*).

II.

Es explicable la inquietud que genera una voluntad política que se pronuncia por *crear* una nueva constitución, que se asume como una necesidad histórica. Una de las más dramáticas lecciones del siglo pasado es la falsedad de la idea hegeliana de que la historia tendría un curso inexorable. A muchos nos pareció que bajo el discurso constitucional y político del programa de la Presidenta Bachelet subyacía esa actitud historicista tantas veces desmentida por la experiencia.

Y, así, surgieron preguntas acuciantes: ¿estaba entrando Chile, en razón de una fuerza histórica irresistible, en una nueva etapa de su historia constitucional?; ¿es la propuesta de una nueva constitución el elemento simbólico de una metamorfosis inminente de nuestro orden de convivencia más fundamental?

Mi generación ha sido testigo de la sangre, sudor y lágrimas que ha costado avanzar en un consenso, siempre imperfecto, acerca de la importancia civilizatoria de las instituciones.

De hecho, Chile ha sido un país en evolución permanente durante las últimas décadas; desde el Acuerdo Nacional, en que tanta influencia tuvo el luego Presidente Lagos y que muchos en este centro de estudios apoyamos con entusiasmo hace tres décadas. Y también ha avanzado durante el último cuarto de siglo nuestra constitución real. La evolución se ha producido de la manera que se mueve la manecilla de un reloj, casi sin que nos percatemos.

Chile es otro país que el de la generación anterior: estamos en camino de una profundización de lo público, de mayor competencia en los mercados, de creciente discernimiento y control de los abusos y conflictos de interés (públicos y privados), de una política social técnicamente refinada y expandida gracias al aumento de los ingresos fiscales como resultado del crecimiento. Mucho de lo impropio, que nunca planteó dudas de corrección en la política y en los negocios, ha sido puesto a prueba. El país es progresivamente una pecera, cada vez más transparente. El *shock* ha sido potente, en el ámbito público y privado, por lo que sus consecuencias deben ser manejadas con inteligencia y determinación política. Pero, si se logra superar con habilidad práctica el torbellino en que nos encontramos, la actual situación de crisis de confianza puede terminar siendo un proceso catártico, que nos lleve a consolidar mejores prácticas en todos los ámbitos.

La crisis que vivimos puede ser un paso hacia una conciencia pública más extendida acerca de los límites de lo correcto e incorrecto. Desde luego que debe ser enfrentada, pero en ella parecen no estar en juego cuestiones básicas de la tradición constitucional.

Es conveniente partir de un recuento de cómo la trama constitucional de 1980 se ha destrabado paso a paso. Pero también ha cambiado el entendimiento que tenemos de nuestro orden fundamental. La Constitución, de marcado acento libertario en lo económico y autoritario en lo político, no ha impedido progresos hacia un estado de derecho y a una economía social de mercado, en una senda análoga a países que admiramos. El texto constitucional tiene aún un acento libertario (neoliberal es la palabra en boga), pero no ha impedido las políticas públicas de las últimas décadas, que no han sido de ese signo.

Durante este tiempo, como se dijo en estos diálogos, la Constitución ha tenido un proceso de maduración en que han participado “generaciones con visiones plurales”. Ha cambiado no sólo en su texto, sino

en la interpretación judicial. Y la acción política ha superado los límites impuestos por el constructivismo económico y político que subyace a la Constitución de 1980. Pero sigue siendo numéricamente la Constitución de 1980, aunque ello haya llegado a ser cada vez menos verdadero.

Así y todo, en muchos sectores, como dijo hace algún tiempo un pensador muy templado, se muestra en estas reglas la “persistencia fantasmagórica —en buena medida irracional, aunque comprensible— del general [Pinochet], lo que resulta un pecado original indeleble” (Pedro Gandolfo). Ésa es una realidad política, a pesar de la metamorfosis.

Eso explica que el debate haya estado contaminado por posiciones emocionales más que analíticas. En contraste con la ilegitimidad de origen sentida por unos, otros han mostrado un apego cuasi-religioso a una constitución que entienden como el soplo inspirador de su identidad política.

La situación supone riesgos latentes imprevisibles. Por eso, es importante tomar en cuenta no sólo el valor jurídico, sino también simbólico y político de la constitución. La falta de legitimidad *compartida*, sea cual fuere el grupo político significativo que la resienta, tiene costos para Chile. Desde luego que eso no sólo vale para la actual Constitución, sino más decisivamente para la que el país se dé en el futuro (en la medida que no esté amparada por una práctica constitucional comúnmente aceptada).

El trabajo realizado en estos talleres muestra la conveniencia de un análisis candoroso, alrededor de una mesa, acerca de lo que está en discusión. Los participantes no intentaron llegar a un texto constitucional; ni siquiera a un acuerdo. Es cierto, como se argumentó, que una constitución es el resultado de un acuerdo *político*. Pero en toda la historia constitucional se muestra la importancia de los expertos en derecho. Y en este grupo participaron expertos en derecho de las más distintas corrientes de pensamiento.

III.

La primera pregunta ha sido cómo se llega a una constitución incluyente y que se haga cargo de lo que *es* este país luego de los treinta años transcurridos desde el antiguo Acuerdo Nacional, que según mi experiencia histórica dio comienzo a la transición.

Una discusión sin ancla se transforma en un debate que parte y muere en *posiciones*. La tarea es llegar a un acuerdo constitucional que cierre finalmente el capítulo de la Constitución de 1980. En esa tarea hay supuestos básicos que se pueden tener por compartidos: la democracia política, la garantía de las libertades y el reconocimiento por la sociedad política de fines comunes de justicia distributiva se expresan en los conceptos de *estado de derecho*, en lo jurídico, y de *economía social de mercado*, en lo económico.

Sin embargo, la tensión entre libertad e igualdad es insoslayable. Por eso, la sociedad debe asumir un compromiso entre un concepto amplio de justicia, en lo político y económico, y la libertad personal, la propiedad y los demás derechos asociados a la autonomía. Ese compromiso es lo que mejor define los supuestos jurídicos de las democracias constitucionales que más admiramos. Conviene mirar hacia nuestra propia historia y hacia lugares donde mejor se cautelan las libertades en una asociación virtuosa con la creación de riqueza, el desarrollo del acervo social y cultural y la integración social.

Estas orientaciones son, en esencia, las que Oscar Godoy ha llamado los *básicos constitucionales* que recorren la mejor tradición política de Chile y de las democracias constitucionales modernas.

Estas definiciones constitucionales que pueden aspirar a amplio acuerdo no satisfarán a libertarios en lo económico, ni a quienes quisieran amurallar en la constitución un programa político inverso al de 1980. Pero no podemos perdernos, porque ninguno de estos extremos es el consenso en que se sostienen las democracias constitucionales contemporáneas.

IV.

Es interesante que los desacuerdos sean mayores al comenzar la discusión de un tema que al terminarla. Eso tiende a ocurrir una y otra vez: en cuanto a la potestad constituyente, al régimen político, a la estructura centralizada del Estado, al reconocimiento constitucional de derechos económicos y sociales y de las libertades clásicas. Se muestra que a menudo las diferencias son más bien semánticas que sustantivas.

Un ejemplo claro es la forma en que se deben expresar los contenidos normativos de la constitución. Con matices, más o menos mar-

cados, hay quienes piensan que la tarea de la constitución es establecer sólo derechos de libertad, que se pueden hacer valer incluso *contra* el Estado; otros minimizan estos últimos, que son constitutivos de la tradición constitucional, y terminan condicionándolos a la amplia facultad de los órganos políticos de diseñar políticas públicas distributivas que garanticen prestaciones sociales.

Por cierto que un papel esencial de la constitución política es definir los límites a nuestra posición como *súbditos*, para lo cual es esencial garantizar ámbitos amplios de autonomía; de hecho, eso pertenece al ADN de la tradición constitucional.

Pero el Estado moderno no sólo asume funciones de ordenación, que hacen posible una interacción venturosa de personas autónomas, sino que asume también funciones regulatorias y de provisión de bienes (cualquiera sea el modo en que lo logre). Esto pertenece al ADN de la democracia.

La constitución cumple ambos objetivos de una manera compuesta. Una carta de Madison a Jefferson es iluminadora respecto del primer objetivo: el poder real reside en la mayoría, dice Madison, de modo que la invasión de los derechos de las personas no debe ser entendida como una defensa frente a actos del gobierno contrarios a sus electores, sino, por el contrario, respecto de actos en los que el gobierno es mero instrumento de la mayoría. Por eso, los derechos de libertad son contra mayoritarios en la tradición constitucional.

La segunda función se logra especialmente gracias a la inclusividad de los derechos de participación política, en la medida que el poder público está legitimado sobre una base de igualdad, que se expresa en el voto y el gobierno mayoritario. La democracia política sigue siendo hoy el instrumento que garantiza, al menos en el largo o mediano plazo, grados progresivos de protección social y de igualdad.

El concepto de estado democrático y social de derecho tiene muchos elementos precisamente porque permite unificar ambas tareas. Pareciera que ningún consenso constitucional puede eximirse de esa síntesis.

Por eso, la pregunta no es si el Estado debe o no desarrollar políticas orientadas a mitigar la desigualdad y aumentar las oportunidades para todos. La discusión es más *técnico jurídica* que *conceptual*, porque en este último respecto no visualizo diferencias insalvables. La delicada

naturaleza de este trabajo de actualización de nuestra tradición constitucional habla por sí misma de la inexcusable necesidad de un fino sentido jurídico en cualquier revisión constitucional.

Asumido que es tarea natural del Estado democrático procurar la mejor satisfacción de fines sociales, la cuestión es si la constitución debe expresarlos mediante una enumeración de derechos (a la salud, la vivienda, la educación y así sucesivamente); o si, por el contrario, es preferible atribuir esta responsabilidad directamente a los órganos políticos, limitándose a establecer una cláusula general de Estado social de derecho (como lo hace la constitución alemana); o mediante una enumeración de fines de la organización política del Estado, como lo hace la reciente constitución suiza; o radicar derechamente la cláusula de Estado social en el ámbito de las políticas públicas, como es el caso de Finlandia. Se trata de dos países de fuerte tradición democrática, que han promulgado recientemente nuevas constituciones. Me voy a detener en este punto, que muestra las dificultades del debate constitucional.

La primera pregunta a este respecto es si la constitución enuncia la tarea de proveer a las personas salud y otros bienes sociales básicos, dejando su concreción al legislador y a la administración; o si, por el contrario, la constitución debe establecer derechos que den acción judicial a las personas para requerir esos servicios.

Relacionada con lo anterior, es la pregunta de si los derechos sociales deben ser justiciables, esto es, si se pueden reclamar de los tribunales; o si, por el contrario, la constitución debe entregar su materialización al proceso político democrático.

La experiencia de las democracias más exitosas muestra que la constitución se limita a los básicos constitucionales. Son textos breves, casi ascéticos, que garantizan libertades y establecen fines de justicia y de interés general, a la vez que organizan, distribuyen y limitan el poder.

Por el contrario, es frecuente que las nuevas constituciones hispano-americanas (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador) adopten un lenguaje progresista, al calificar los derechos sociales como derechos en un sentido fuerte. El problema es que si la constitución se puebla de aspiraciones, por compartidas que sean, deviene puramente semántica, porque describe una utopía, lo que necesariamente la degrada, como suele ocurrir en este continente.

En la materia, el problema crucial se refiere a las fronteras de la política y del derecho. La tarea de los jueces es esencial en la cautela del estado de derecho. Por el contrario, el perfeccionamiento progresivo de políticas sociales es tarea que se debe emprender siguiendo una lógica política y no judicial. Las políticas públicas son definidas por órganos dotados de legitimidad (y de responsabilidad) democrática. Cuanto más reguladas se encuentran las políticas públicas en la constitución, más estrecho es el espacio para el legítimo disenso democrático respecto de lo políticamente posible.

En esta materia delicada, el mayor riesgo es incurrir en un acto de magia jurídica: transformar fines compartidos, que se expresan en el concepto genérico del Estado social de derecho, en derechos de prestación que la constitución otorga directamente a las personas (para qué decir si se trata de derechos que suponen prestaciones cuyos acreedores son comunidades).

Los derechos tienen sentido si se pueden exigir mediante una acción. Si carecen de ella, ¿qué estructura lógica presentan?; ¿qué significa denominar *derechos* lo que en verdad son *fines* de una sociedad justa? Dedicué mis primeros años como académico a la lógica jurídica y me cuesta concebir un derecho que no represente una pretensión que pueda hacerse valer ante un tribunal; de lo contrario su reconocimiento es sólo virtual, una ilusión.

Y en esto existe una diferencia importante entre los derechos de libertad y los derechos sociales. Estos últimos se logran *mediante* el Estado, y ése es el ámbito natural de la política. Los otros señalan la forma de actuación del Estado (sometida a la ley en la tradición del Estado de derecho), pero también las fronteras de autonomía personal y asociativa que el Estado debe respetar (garantías de libertad). El resguardo de estas últimas garantías es inevitablemente tarea de los jueces, porque el objetivo es domesticar la política en protección de ámbitos garantizados de soberanía y emprendimiento personal.

Por el contrario, en el caso de los derechos sociales, se presentan fines de inclusión, que se expresan en participación en la generación del poder y en el goce de bienes que la sociedad puede satisfacer a todos. En estas tareas los jueces carecen de legitimidad política y del instrumental analítico necesario (porque su alcance, en un mundo de escasez, depende de complicadas apreciaciones valóricas, presupuestarias y

técnicas). En el extremo, el alumno de una escuela podría recurrir de protección del derecho a tener un buen profesor de matemáticas. O los tribunales podrían considerar que el sistema de salud no alcanza la marca constitucional y diseñar los principios políticos bajo los cuales debiere estar organizado, como ocurrió en Colombia. Un buen ejemplo es a este respecto Italia, donde derechos sociales extendidos por los jueces constitucionales han contribuido en gran medida, según opiniones autorizadas, a la ruina financiera del país; y ahora esos mismos precedentes entran en conflicto evidente con las reglas de disciplina fiscal aprobadas por la Unión Europea.

Dicho a modo de ejemplo, ¿los niveles de protección de la salud que establece el plan Auge pertenecen a la constitución o al ámbito más circunstancial de la política?; ¿tiene sentido declarar constitucionalmente un derecho a la salud, en un sentido jurídicamente fuerte, cuando todos saben que su materialización es el resultado tanto del desarrollo y crecimiento económico, como de políticas públicas eficaces dirigidas a mejorar la cobertura y calidad de servicio?

Los jueces son tanto más nobles cuanto más anclados están en su función jurisdiccional. La deliberación y decisión de políticas públicas no es su trabajo; tanto por razones de carencia de legitimidad política, como de especialidad funcional de su tarea, que desde el derecho romano es “decir el derecho” (*jurisdictio*).

Los ejemplos en contrario no son alentadores en sus resultados. Más grave, sería una abdicación de la política democrática, que asume un acuerdo básico en las orientaciones fundamentales, pero acepta el disenso en la forma como se materializan. Por lo demás, no parece sensato pensar que incurren en una obscena omisión de reconocimiento de derechos económico-sociales las constituciones de países de la comunidad europea, a pesar de que con 7 por ciento de la población mundial y el 35 por ciento del producto mundial, cubren el 50 por ciento del gasto social en el mundo. Los derechos económico-sociales de la carta europea dan lugar a obligaciones de conducta de los Estados y no garantizan resultados que puedan ser hechos valer como acciones judiciales.

Por lo demás, los derechos de defensa frente al Estado no sólo cumplen una función de protección de la autonomía desde un punto de vista subjetivo, como se destaca en la tradición filosófica del constitucionalismo, sino también son instrumentos sociales para imponer límites a la política. La diferenciación funcional de una sociedad que ha

alcanzado una tal complejidad como la nuestra, no es reducible a categorías puramente políticas, expresadas tradicionalmente en el concepto de soberanía. Subordinar la ciencia, la educación, la información o la economía a la política es forzar la realidad de una sociedad que ya no es explicable en categorías conceptuales simples.

V.

Unas pocas palabras sobre la forma del Estado, que es tarea inexcusable de una constitución. Es interesante a este respecto observar una diferencia entre la parte normativa y orgánica de la constitución. Mientras las constituciones son textos semánticamente pobres en su parte normativa, porque ésta incluye necesariamente conceptos indeterminados en su intención y alcance, las disposiciones orgánicas deben ser en extremo precisas.

Deben ser reglas subsumtivas, que se expresen en blanco y negro: cómo se eligen las autoridades, el tiempo que duran en funciones, las facultades que a cada cual corresponde, y así sucesivamente. Cualquier duda acerca de estas reglas puede generar incertidumbres y crisis políticas.

La forma del Estado básica es la democracia representativa. La pregunta siguiente es cómo el poder público es asignado y distribuido. En democracia el poder proviene de personas que lo atribuyen mediante el voto, actuando en el rol social de ciudadanos. Ésta es la pregunta por el régimen político, al cual el grupo de constitucionalistas dedicó dos sesiones bien intensas e iluminadoras.

El tema es recurrente en Chile. En 1987 un grupo de académicos de distintas proveniencias intelectuales e ideológicas, unidos por el común interés en la consolidación de una democracia exitosa, nos reunimos para discutir sobre presidencialismo, parlamentarismo y semi-presidencialismo en todas sus variables.

Me interesó estudiar el semi-presidencialismo francés. Descubrí entonces que el sistema estaba diseñado para permitir una coexistencia problemática entre un Presidente de gran autoridad y un primer ministro responsable ante el parlamento. Es el modelo histórico de Gaulle, de un Presidente que tiene mayoría en el parlamento. Es un sistema ligado a supuestos institucionales muy complejos. Cuando se entra en la letra chica se comprueba, por ejemplo, que los distritos uninominales fueron

tenidos por requisito para crear una mayoría parlamentaria que coincidiera con la presidencial. Y, a pesar de que el gobierno requiere de apoyo parlamentario, el poder del ejecutivo se fortaleció. Recién, para controlar la disidencia dentro de su propia mayoría, el primer ministro Vals ha usado el cañón del voto bloqueado, en que la Asamblea Nacional no tiene más alternativa que aprobar sin indicaciones un proyecto de ley; y, además, el primer ministro puede imponer a la Asamblea Nacional una alternativa extrema: o bien se aprueba un proyecto del gobierno, o bien, se disuelve y se llama a nuevas elecciones.

La verdad es que no hubo luego de nuestro trabajo el estado de naturaleza sobre cuya base discutimos el sistema político en esa época. La transición corrió el conocido camino del cambio progresivo. Por otro lado, el presidencialismo está de tal modo asumido por la sociedad chilena que no se presentó siquiera la oportunidad de una discusión. Comparto la opinión de algunos de los participantes en estos Diálogos que tampoco ahora es éste un tema que se halle sobre la mesa.

El problema no sólo es la historia de Chile, sino también la cuestión crítica de la gobernabilidad. Eso no quita que el presidencialismo de la Constitución de 1980 deba ser revisado. Pero esta revisión no puede desatender cuestiones bien esenciales, como es el control del gasto público por el ejecutivo (problema que también es por completo crítico en cualquier modelo de descentralización). Los ejemplos en contrario debieron ser suficientemente intimidantes.

Es imposible referirse a todos los temas tratados en tan extensas sesiones. Pero todo indica que en cada caso no sólo suponen una definición política, sino también una técnica jurídico-política de detalle, que parte por separar lo que es materia de constitución y de ley ordinaria. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los propósitos de descentralización, con la selección de los miembros del Tribunal Constitucional, con el gobierno judicial y así sucesivamente.

VI.

La tarea, en mi opinión, deseable de concluir un ciclo constitucional es muy delicada y se deben evitar las trampas ideológicas.

En la tradición romántica de Rousseau la constitución es el acto en que personas, transformadas en ciudadanos, enajenan todos sus derechos

a la sociedad. La asamblea constituyente responde a esa idea. Pero también se apoya en una técnica argumentativa de descalificación total del orden vigente por ilegítimo. Esta posición fue muy frecuente en mi generación, especialmente en los movimientos europeos del 68 y en la extrema ideologización de la Unidad Popular. A eso se agrega, como remedio, la ideología de una voluntad colectiva *constitutiva*, que al fin de cuentas supone la minusvalía del ciudadano, en sus diversas modalidades de persona común y corriente, frente a una utopía corporativista de identidad colectiva que prescribe una radical igualdad. Todo ello a costa de la desaparición, en ese instante constituyente, de la persona que tiene pareja e hijos, trabaja, participa en comunidades y disfruta de sus amigos.

La sociedad civil es demasiado diferenciada para un concepto tan intenso de ciudadanía. Se ignora en ese concepto la diferenciación de la sociedad contemporánea, en un país de ingresos medios y muy aspiracional. La sociedad está compuesta por personas que afirman su autonomía, y de esa manera su dignidad, no como pertenecientes a una entidad abstracta, sino como su *propia* identidad. Un ejemplo cotidiano: la comunicación por Twitter, que incluso cuando recae en lo público muestra por sí sola un despliegue de subjetividad nunca antes conocido.

Hay un diagnóstico sociológico profundamente errado en lo que se propone como programa político constitucional. El sueño romántico de aspirar a la *identidad* en la nación, mediante una constitución creada *ex nihilo* por la comunidad radicalmente participativa, será siempre una ilusión. Y mirando la realidad, ¿se puede esperar una apoteosis de ciudadanía, de personas abandonadas de sí mismas en entrega a lo colectivo, en un país donde la mitad de los ciudadanos se queda en casa durante las elecciones presidenciales?

Como se dijo en las discusiones de estos talleres, una cosa es partir de ideas fundantes de diversos conjuntos de instituciones implícitas, como la de un Estado social y democrático de derecho, pero otra muy distinta es lanzarse al vacío con un proyecto de asamblea constituyente carente de orientación de contenido, en que no se parte de una tradición constitucional establecida, sino constituye un escape puramente procedimental, donde incluso las reglas más precisas de conformación de esa asamblea quedan sintomáticamente en la nebulosa.

Mi impresión es que los extremos fueron quedando a un lado en las discusiones, con progresivos matices desde uno y otro extremo de

la mesa. No está en discusión defender la *verdadera* Constitución de 1980, ni lanzarse en un vuelo con alas de cera hacia un sol luminoso, cuyo núcleo y contornos es por completo borroso.

Un cierto escepticismo es requisito para crear instituciones duraderas. Así se explica la inseguridad a que refería el coordinador hacia el comienzo. Todo indica que éste es el momento de superar razonablemente esta dialéctica infértil entre una voluntad cargada de propósitos ardientes, por un lado, y el aferrarse a ideas que ya ha quedado atrás por la fuerza de nuestra propia historia constitucional reciente, por el otro.

La actual crisis de confianza tampoco llama precisamente a epopeyas políticas. Se suele ignorar que la desconfianza es también expresión del fortalecimiento del ciudadano que pide cuentas, que no otorga mandatos en blanco; de un empoderamiento de la sociedad civil, que es donde en verdad ocurre lo que más importa a los chilenos.

Vivimos una época de control social más intenso sobre todos quienes tienen poder; de allí nace la creciente intolerancia frente al abuso, de empresarios y políticos. Es un síntoma de personas que exigen cuentas de quienes tienen responsabilidades públicas o privadas. Todos estos cambios han provenido desde la sociedad civil y del generalmente correcto funcionamiento de la justicia, más que de un designio político.

Demás está decir que una situación de incertidumbre institucional está llena de riesgos y costos para el país. Especialmente si recae en algo tan crítico como es la constitución, que es la sede en que por mil años se han reconocido los derechos de libertad, propiedad y asociación de las personas. Todo indica que el mejor punto de partida no es replicar la experiencia intelectual de un “estado de naturaleza” del grupo plural que trabajó en 1987 en un proyecto político para el Chile que venía. El camino correcto parece ser, más bien, someter a juicio crítico lo que anda mal para descubrir lo que se debe cambiar o mejorar, en una larga tradición constitucional que no termina ni comienza en 1980.

Al respecto quisiera poner un ejemplo muy circunstancial de algo que anda mal: ¿es razonable que la pertenencia al Tribunal Constitucional esté determinada por la mera obsecuencia política? Es como poner de árbitro a quien sigue instrucciones de una de las partes. ¿No es sintomático que personas como las recientemente nombradas por las cámaras políticas no hayan sido siquiera pensadas como elegibles para estos Diálogos Constitucionales?

Por cierto que en materia constitucional, sea el texto escueto o desarrollado, es inevitable que concurren posiciones más libertarias y más pro regulatorias, pero lo decisivo es que el tribunal logre estructurar una doctrina de precedentes bien construida, que articule los límites de unas y otras.

Por eso, todos los tribunales constitucionales valorados han tenido sus mejores épocas cuando han estado integrados por juristas refinados, como muchos de los que han participado en estos Diálogos Constitucionales. La composición con capacidades jurídicas descollantes también contribuye a que el análisis de los casos sea objeto de una discusión consciente de lo que está en juego, porque, por ejemplo, declarar inconstitucional una ley aprobada por los poderes políticos es una decisión muy seria. Y esa auto restricción exigible a ese tribunal es mucho más probable si está compuesto por juristas conscientes de su delicada función que si simplemente replica las cámaras políticas.

Además, los expertos en derecho tienden a ser más diferenciados en sus juicios, de modo que es mucho más posible que un juez de sólida formación jurídica vote de una manera imprevista respecto del sector doctrinario al que está identificado, que uno que ha sido nominado simplemente por su obsecuencia.

Esta cuestión de la selección de los jueces constitucionales, algo naturalmente muy acotado, es mucho más decisivo que decenas de declaraciones de meras intenciones. Recogiendo una opinión expresada en una de las últimas sesiones, este ejemplo muestra que hay más micro que macro cirugía en la tarea que se tiene por delante.

VII.

Finalmente, quisiera expresar una profunda convicción intelectual: las ideas son necesarias porque orientan nuestro pensamiento y nuestra acción, pero son por sí solas incapaces de crear instituciones duraderas.

En todos los temas discutidos el excelente y diverso grupo de trabajo muestra avances importantes. Primero, en clarificar los puntos de vista. Segundo, en comprender el punto de vista del que está al frente. Tercero, en acercar posiciones, como ocurre con el riesgo de judicializar los derechos sociales. Cuarto, agregaría, como implícito, la ventaja de partir del supuesto de que la constitución debe asumir los básicos

constitucionales que iluminan la mejor historia jurídico-política del país, como de las experiencias comparadas, exitosas y frustradas.

Sólo en la perspectiva de nuestra historia política en el gran sentido, y de los errores y aciertos que nosotros y otros hemos cometido, podemos someter a control de realidad las ideas que son fuente de inspiración pero que por sí solas son infértiles.

La tarea es consolidar instituciones que cumplan el doble objetivo de ser inclusivas y respetuosas de la personalidad. Parece ser ése el horizonte más representativo de una sociedad chilena cada vez más diversa y diferenciada, que es el resultado de décadas de modernización progresiva y *siempre* inconclusa.

La Constitución ya no es la del 80. No lo es en muchos aspectos que la separaban de la tradición constitucional chilena y comparada más digna de reconocimiento. Pero, aun así, conserva peculiaridades muy discutibles. La tarea es cerrar un ciclo, introducir las correcciones de aceptación general, reconociendo que nuestra constitución legítimamente aspire a un reconocimiento de la gran mayoría de los chilenos.

Y para ese propósito, no parece haber otro camino que el institucional. El acuerdo constitucional debe ser necesariamente supramayoritario. Eso no sólo vale para la actual Constitución, sino para la que el país se dé en el futuro. No se puede pasar de una constitución que algunos califiquen de tramposa a otra que sea descalificada por la misma razón, sólo que por otros.

Por eso, es necesario un nuevo Acuerdo Nacional, que se construya desde la tradición del constitucionalismo democrático, permita la coexistencia y competencia política civilizada de gente que piensa y tiene forma de vida diferentes, pero que posee un marco de referencia común e inclusivo. En esa tarea sería cada vez más esencial el trabajo de nuestros mejores expertos, con sensibilidades políticas diferentes, como el que ha alimentado estos Diálogos Constitucionales.

Mis cordiales felicitaciones a quienes promovieron esta idea y participaron en ella. Éste es un trabajo bueno para Chile. *EP*

Lucas Sierra (editor), *Diálogos constitucionales*
(Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2015).

PRESENTACIÓN

LA CUESTIÓN CONSTITUCIONAL: REFLEXIONES DE UN ACTOR*

Ricardo Lagos Escobar

Fundación Democracia y Desarrollo

Quisiera partir agradeciendo al Centro de Estudios Públicos por la invitación a conversar con ustedes esta tarde. Hablar después de Enrique Barros facilita enormemente la tarea, gracias a la claridad con la que ha expuesto el contenido de estas quinientas cuarenta páginas; como también de los elementos que hicieron posible el diálogo, tremendamente fructífero, reflejado en ellas.

Hace ya mucho tiempo que seguí las clases de derecho constitucional, y se nota: a medida que fui leyendo el libro, me di cuenta de que hoy existe un conjunto de temas que en aquellos años no se veían. Por lo tanto, tal vez el único título con el que cuento para poder comentar este libro es que, durante parte de los últimos 25 años, he sido un actor más que un experto (que por cierto, no lo soy).

Partamos por la democracia de los acuerdos.

¿Cuál era la realidad con la cual nos enfrentamos, en 1989, inmediatamente después del plebiscito? Lo primero fue cómo hacer para derogar el artículo octavo, porque en virtud de ese artículo, un Clodomiro Almeyda u otros importantes dirigentes opositores estaban “cazados”

RICARDO LAGOS ESCOBAR. Abogado de la Universidad de Chile. Presidente de la República de Chile entre el 11 de marzo de 2000 y el 11 de marzo de 2006.

* Versión revisada de la presentación realizada por Ricardo Lagos el martes 14 de abril de 2015 con ocasión del lanzamiento de *Diálogos constitucionales* en el CEP.

en sus derechos políticos y no los podían ejercer. Así teníamos un conglomerado, donde una parte de quienes lo integraban estaban impedidos de ejercer sus derechos. Había que negociar con quien detentaba el poder constitucional para cambiar aquello. No requiero explicar que una negociación de esa naturaleza era difícil, pero es la realidad. Muchos no pudieron participar en las parlamentarias de 1989, porque sus derechos todavía estaban “cazados” y no hubo tiempo para modificarlo. En ese momento arrancó el proceso de reformas constitucionales.

La primera pregunta que nos hizo el ministro Carlos Cáceres tras el plebiscito de 1988 fue: “¿Qué quieren cambiar ustedes?”. Se partió de la base que teníamos que explicar lo que queríamos cambiar, toda vez que para él lo que existía estaba muy bien. Fue una negociación extraña. Creo que lo que ha seguido ocurriendo desde entonces es que se ha usado demasiadas veces el “dígame, ¿qué es lo que usted quiere cambiar?”.

¿Por qué el debate constitucional hoy? La primera respuesta de la cual dispongo es: por la evolución de estos últimos 25 años en lo tocante al tema constitucional. En la práctica, ha habido un avance lento —lentísimo a ratos—, con un uso desmesurado del veto. Con mucha razón se preguntan los autores de *Diálogos constitucionales*, ¿en cuánto se equivocó Ricardo Lagos quien, al promulgar las reformas del año 2005, dijo: “Tenemos una Constitución que no nos va a dividir”? Yo pensé que con esas reformas la Constitución pasaba un test democrático, pero que también nos seguía dividiendo la historia de la cual proveníamos. Y esta historia tiene que ver con la cuestión que discutimos hoy.

Agregaría, además, un segundo elemento: las reformas del año 2005 fueron posibles porque, a pesar de que no se cambió toda la Constitución, ya estaba claro que las fuerzas armadas obedecían al poder civil constituido. Cuando llamé a retiro a un comandante en jefe, me presentó su renuncia de inmediato; distinto a lo que ocurrió diez años antes, cuando el Presidente Frei se la solicitó a otro comandante en jefe y le dijo que no. No hay nada especial en esto: es la ventaja del que gobierna después: se puede apoyar en lo que hizo su antecesor y así avanzar más rápido e ir más lejos.

Por su parte, a fines de los noventa, la institución de los senadores designados empezaba a favorecer a aquellos que estaban en el poder: Enrique Silva y Edgardo Böeninger fueron senadores designados por el

Presidente Frei. ¿Y para qué hablar de la institución de los senadores vitalicios? ¿Cuántos vitalicios tendríamos hoy en el Senado? A ratos tuve la sensación mientras era Presidente —y por supuesto que no me quiero comparar con él— que yo era como Mitterrand utilizando la constitución gaullista que tanto había denigrado, porque esa constitución empezó a operar en beneficio del poder presidencial del que gozaba Mitterrand. Cuando la prensa me decía: “¿Usted va a ser senador vitalicio?”, siempre les respondí: “Pregúntenme el 12 de marzo del 2006”. Ésa era la herramienta para poder obligar a una negociación en serio. Cuando la derecha empezó a entender que la institucionalidad empezaba a operar no sólo en beneficio de ellos, hubo una apertura. Eso fue en el año 2005.

Y agrego otro elemento importante. Como acaba de decir Enrique Barros, los cambios desde los años ochenta hasta hoy son tales, no sólo en Chile sino que en el mundo, que vale preguntarse: ¿cuántas de nuestras constituciones van a seguir siendo representativas? Por definición, siempre tiene que haber una democracia representativa, pero hoy existe un nivel creciente de participación, con mayores exigencias por parte de la sociedad civil, producto, en gran medida, de las nuevas tecnologías.

Por tanto, creo que acá hay un debate relacionado con el que se da en buena parte del mundo, y es que hay un deseo por *aggiornar* el elemento constitucional conforme a estas nuevas realidades: a las nuevas tecnologías, a los nuevos temas y a las nuevas demandas ciudadanas, con ciudadanos más empoderados, con un mayor nivel de conocimiento y en donde la plaza de Atenas de Pericles ahora es la red, esa en que millones emitimos opinión.

El libro *Diálogos constitucionales* tiene cuatro secciones: poder constituyente, derechos, estructura del Estado e instituciones políticas. El tema del poder constituyente se trató en la primera sesión y luego se volvió sobre él en la última, como una forma de ver si, tras el debate sobre contenidos, estamos más cerca o más lejos de cómo arreglamos el tema constituyente.

PODER CONSTITUYENTE

En la primera parte, Francisco Zúñiga expone cuál es la forma de poder operar rápidamente desde el punto de vista de las reformas, para iniciar una constitución respecto de la cual, él dice, “no partamos de

ceró”. Yo, en un momento, usé la expresión “quiero una hoja en blanco”, queriendo decir que no parto con lo que está escrito, sino con el reverso de la hoja que ya está escrita, a fin de que quienes estamos en torno a la mesa discutiendo estemos obligados a ponernos de acuerdo en un texto común, y no sólo en cómo modificar lo que ya existe (lo que le sirve a un solo lado de la mesa y no a ambos). Eso es lo que quiero decir con “texto en blanco”. Pero debe ser también un texto que se asiente en la historia constitucional de Chile, para lo cual debemos ver cómo somos capaces de concebir una lectura lo más común posible respecto de esa historia, que es la que nos convoca a un texto constitucional.

Es muy importante, entonces, ver cómo vamos a abordar la cuestión constitucional. Déjenme, nada más, referirme a la posibilidad de una reforma “corta” para modificar los *quorum* de reforma constitucional, para luego discutir la reforma “larga”. Lo haré con una anécdota. La reforma “corta” también se nos ocurrió el año 1989. Ella consistía en que había un pequeño enclave que no estaba bien amarrado: el capítulo XV sobre la reforma de la Constitución. Ese capítulo decía que los *quorum* para reformar la Constitución son uno, dos, tres y cuatro. Sin embargo, cuando se refería a los *quorum* para reformar el capítulo XV, la Constitución no tenía asignado un *quorum* especial. Por tanto, si no llegábamos a un acuerdo en el año 1989, había una posibilidad de usarlo. Claro, eso se parecía mucho —como alguien me dijo en la época— a un “resquicio legal”. En aquella época, esa expresión no gozaba de simpatía en muchos sectores de la opinión pública y, por tanto, la duda era: si estábamos usando nuevamente resquicios legales, ¿esta brillante idea llegaría a buen puerto o tropezaría con algún otro golpe en el camino? Ése era el contexto.

DERECHOS CONSTITUCIONALES

Me refiero ahora a los derechos constitucionales.

El texto que escribe Gastón Gómez, para introducir la materia y abrir el consiguiente debate, habla de la importancia de este tema y de las visiones encontradas que hay sobre él. Gastón comienza con una definición. Dice: “La aspiración más fuerte del constitucionalismo es asegurar que los derechos fundamentales constituyen no solo normas que limiten —al menos— el poder estatal e informan la legislación,

sino que den lugar a prácticas institucionales y sociales, coincidentes con ello”.¹ Luego sentencia: “Los derechos son promesas llamadas a persistir”.²

Me pareció una forma original de plantear qué son los derechos. Sin embargo, la profesora Miriam Henríquez, otra joven constitucionista, al definir derechos dice:

Los derechos fundamentales son acuerdos sociales sobre bienes valiosos que *en un momento determinado* la sociedad estima necesario consagrarlos positivamente en la constitución como derechos y no como objetos de protección.³

Hay, por tanto, al menos dos visiones: “promesas que van a persistir” y “momentos” en que la sociedad entiende que una cuestión es de tal importancia que la quiere consagrar como derecho. Estas dos definiciones reflejan bien, me parece, el debate respecto de los derechos. Y el otro debate, consecuencia del anterior, es si la Constitución “debe” dar las herramientas para hacer efectivos los derechos establecidos.⁴

Creo que, a estas alturas, todos estamos contestes respecto a que, entre los derechos clásicos, el primero en existir fue el *habeas corpus* del sistema inglés, creado muchos siglos atrás. A éste, luego, se van agregando los derechos civiles y políticos. Pero, además de esos derechos civiles y políticos consagrados en primer lugar, está otro conjunto de derechos económicos, sociales y culturales, que el devenir de nuestras sociedades contemporáneas ha ido también incorporando. El gran debate entonces sería: ¿cuál es la extensión adecuada de estos derechos?

Quisiera señalar que no me gustan las definiciones largas, porque son propias de la ley y no de la Constitución. Sólo me gustaría señalar, más bien, que los derechos económicos, derechos sociales y derechos

¹ Lucas Sierra (editor), *Diálogos constitucionales* (Santiago: Centro de Estudios Públicos, 2015), 73. Las siguientes referencias a este libro se indicarán tan sólo con el número de página.

² 73.

³ 129, cursiva agregada.

⁴ Un ejemplo es el excelente texto del profesor Mario Fernández Baeza, *La Constitución contra sí misma. Precariedad de derechos y reforma constitucional en Chile* (Santiago: Legal Publishing, 2013), que precisamente sostiene que la Carta de 1980 consagra derechos, pero no entrega las herramientas para cumplirlas.

culturales tienen importancia hoy en relación con las definiciones de las minorías, en el contexto propio de una evolución cultural. Piensen ustedes en la ley que aprobó las uniones del mismo sexo y que recién promulgó la Presidenta. No lo habríamos concebido hace veinte o treinta años en la sociedad chilena; no habríamos concebido que iba a existir una mayoría para eso. Y hoy día parece algo normal.

Decía que no me gustan las definiciones largas. Por esto, para hablar de derechos económicos, sociales y culturales, me gusta pensar en Norberto Bobbio quien dice que, para que una sociedad sea verdaderamente democrática, todos tenemos que ser iguales en algo. ¿Y quiénes definen ese algo en lo que todos somos iguales? Los ciudadanos. Y los ciudadanos se expresan a través de mayoría y minoría. Por tanto, ¿cómo hago una Constitución que me permita el día de mañana acceder al poder y aplicar a Bobbio? Otros van a decir que aquello donde “todos somos iguales en algo” es el poder que da nuestro bolsillo en tanto consumidores (y no como ciudadanos que demandan bienes que en definitiva pueden ser bienes públicos). En otras palabras, hay una vinculación directa entre esa concepción más amplia de derechos y el rol que se le quiere atribuir al Estado, si se busca que el Estado garantice un derecho, como, por ejemplo, el plan AUGE. Así, la cuestión es: ¿el rol del Estado debe ser subsidiario o activo?

No me gusta una constitución que parta diciendo que el Estado es subsidiario, como tampoco creo que aquellos que son partidarios del Estado subsidiario les guste una constitución que diga “el Estado es muy activo”. ¿Cómo se logra, entonces, una constitución en la que ambos grupos se sientan cómodos y en la que las mayorías determinen cuál es el rango de actividad del aparato estatal?

Otra anécdota al respecto. Como Presidente de Chile, no me hubiera gustado carecer de la Enap cuando nos cortaron el gas desde Argentina. Si no hubiese existido la Enap, tendría que haberle dicho a los privados: “Por favor, pónganse de acuerdo y rápido me hacen una planta de licuefacción”. Gracias a que sí tenía una herramienta al alcance para resolver el problema —y paso un aviso comercial— tomé la decisión en quince días. Esto tiene que ver con la pregunta por el tipo de Estado que demandan los derechos y su extensión.

Es cierto que he escrito en el sentido de que debemos ir desde una sociedad de derechos hacia una sociedad de garantías, porque, como lo

explican en el libro y como lo acaba de señalar muy bien Enrique en su presentación, “la enumeración infinita de derechos equivale a que no hay derechos para nadie”. ¿Cómo podemos judicializar un derecho? ¿Cómo digo “aquí la Constitución me da este derecho”, voy donde el juez y lo impetro? Entonces, a lo mejor, sí ha llegado el tiempo de pasar del concepto de derecho al de garantías. Por ejemplo, cuando hicimos las garantías para el plan AUGE, tuvimos que ser intervencionistas, tuvimos que establecer cuáles iban a ser las garantías, porque no estábamos en condiciones —ni estamos hoy— de garantizar tratamientos para todas las patologías que hay en Chile. Y para poder financiarlas se necesita establecer protocolos para cada patología y así poder estimar el costo de su tratamiento. Esto, en muchos casos, es resistido, entre otros, por los médicos que consideran los protocolos como una intromisión en decisiones que le son propias.

En esto, además, hay otros temas importantes. ¿Los derechos económicos y sociales van sin deberes? ¿Y cuál es la contrapartida del deber? Qué fácil sería hacer una constitución con sólo derechos, pero donde no hay deberes. Aprovecho, entonces, de hacer una consideración sobre el tema del derecho del voto voluntario u obligatorio. Como Presidente, defendí el voto voluntario, pero me he convencido de la necesidad del voto obligatorio. Creo que la razón de fondo es que el país tiene derecho a pedirle al ciudadano que piense lo que le conviene al país que le da todos estos derechos: su deber mínimo es votar. Ahora, si no quiere votar, va y vota en blanco. Pero su deber mínimo es ir a votar, pensar en el país.

Respecto de todo el largo debate sobre cuándo los derechos son prestacionales o no, cuándo son justiciables o no, déjenme apuntar que el nivel de cobertura al final siempre dependerá de la política del gobierno de turno. Por esto, creo que se trata de una materia de ley y no de derechos. Entiendo la lógica de querer plasmar en la Constitución derechos que, en lo personal, me parecen fundamentales, pero tengo que entender, también, que esos derechos pueden concederse mañana por la vía de la jurisprudencia de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional, como ha ocurrido en nuestra legislación. Por lo tanto, considero válida la pregunta que se hacen varios de los que participan en estos *Diálogos constitucionales*: ¿Qué sentido tiene una enumeración exhaustiva de derechos, si en la práctica esos derechos pueden ser interpretados en

extensión por los órganos competentes, léase Corte Suprema o Tribunal Constitucional?

La última referencia que quisiera hacer sobre los derechos constitucionales es acerca de una materia que me parece de mucha importancia en el país: ¿derechos individuales o colectivos? Me voy a permitir leer, porque es larga, una cita de Lucas Sierra, que hace una proposición que, al menos, a mí me interpreta. Él dice:

Sé que en esto [derechos individuales o colectivos] hay opiniones discrepantes, pero a mí la noción de “derechos” y “colectivos” me parecen refractarias entre sí. La técnica de los derechos, el “lenguaje” de los derechos, me ha parecido siempre una de las sutilezas más bonitas del pensamiento político y legal moderno. Los derechos suponen, además, una fina y sutil “técnica” legal. Toda esta sofisticación y sutileza se esfuma si se deja de pensar en tales derechos como títulos individuales o, dicho de otra manera, si se les deja de pensar “técnicamente”. Puestos en la Constitución, los derechos son una herramienta destinada a proteger a los individuos del poder. Al pensarlos colectivamente, lo que se hace es concentrar un poder frente a ciertos individuos. Si esto es lo que se quiere hacer, es preferible no hablar de derechos. Parece mejor hablar de autonomía o de ámbitos de competencia, conceptos más cercanos a la política. Uno de los problemas al hablar aquí de derechos es que este concepto tiende a excluir a la política. Esto no significa que yo crea que hay sólo individuos y Estado. Es obvio que hay innumerables colectivos sociales: familias, clubes, partidos políticos, empresas, iglesias, etc. También creo que esos colectivos sociales poseen recursos que son distintos a los que pueda tener cada uno de sus miembros.⁵

Creo que acá hay una forma particular de mirar los derechos colectivos respecto de determinadas etnias. En efecto, sobre la base de entender la autonomía de esos entes colectivos, es posible generarles espacios para que sean escuchados en un ordenamiento constitucional. De paso, también, se podría resolver quizás el tema de si somos un Estado plurinacional o somos sólo una nación. Pero no quiero entrar en ese tema porque es para una larga discusión.

⁵ 217.

ESTRUCTURA DEL ESTADO

Respecto a la estructura del Estado, quisiera comenzar celebrando la introducción que hace el profesor Patricio Zapata, porque me parece que lo que él está planteando es que la estructura del Estado tiene mucho que ver con lo que ha sido la historia constitucional de Chile. Así, señala que hemos tenido una estructura autoritaria —léase la Constitución de 1833 de Portales—; una liberal parlamentaria, con los constituyentes de 1870 y, luego, con la interpretación de la República Parlamentaria a partir de la Guerra Civil de 1891; más tarde, la democracia social y de partidos políticos con la Constitución de Alessandri de 1925. Enseguida, se salta a la Constitución autoritaria y de seguridad nacional del año 1980 y, luego, pasa a lo que él llama “el Estado de derecho democrático de ciudadanos”, con lo cual se refiere básicamente a lo que ha ocurrido en América Latina con las transiciones post regímenes dictatoriales de la década de 1980. Agrega que ésta es la etapa a la cual debiéramos entrar. Termina, por último, con las democracias plebiscitarias que están un poco de moda hoy en algunos países de Latinoamérica.

Luego, de esta caracterización de nuestras constituciones, analiza la arquitectura de los órganos de la Constitución. Me llama la atención lo que se ha definido como “la inflación” de los órganos adicionales a los tres poderes públicos clásicos. En la Constitución de 1833 partimos con cuatro órganos y en la Constitución actual estamos en siete; aunque en los diálogos algunos dijeron que se había contado mal, y que en realidad son catorce. Salvo el Tribunal Constitucional y la Contraloría, que son en el caso chileno los órganos clásicos por antonomasia, en la Constitución de Pinochet se agregan la autonomía del Banco Central, las municipalidades, los gobiernos regionales, el Consejo Nacional de Televisión. Hay otros que ahora quieren estar, como la Defensoría Penal Pública y el Consejo para la Transparencia. Obviamente, vale la pena hacer una revisión de aquello y ponerse serios y ver cuáles son materias de ley. A lo mejor se requiere una modificación especial de *quorum* para estos órganos, pero no me parece que tengan que estar consagrados en la constitución, puesto que de otra manera el deseo de cada nuevo órgano es llegar a la constitución. Con el mayor respeto para el Consejo Nacional de Televisión, no me parece que tenga que estar consagrado en la constitución.

Lo que sí creo muy importante en la estructura del Estado es el problema de la descentralización. Quiero hacer dos observaciones al respecto: ¿Qué queremos descentralizar? El poder. ¿Y lo vamos a colocar dónde? ¿En qué espacio geográfico? ¿En la región? ¿En la provincia? ¿En la comuna? En este libro hay muy buenos argumentos que explican que, no obstante todo el esfuerzo hecho, las provincias siguen estando ahí y Curicó tiene discusiones con Talca, mientras que San Felipe las tiene con Los Andes. Por tanto, se dice “algo tendremos que hacer con las provincias”, porque, sin perjuicio de lo ocurrido con las regiones, las provincias siguen vivas en el imaginario colectivo. O lo que está sucediendo ahora —y aquí acúsome padre— con el aumento del número de regiones. Si recién pasé un aviso comercial, éste no lo es, ya que bajo nuestro gobierno agregamos las regiones de Arica y De los Ríos.

Sin embargo, si vamos a hablar en serio de descentralización, yo invitaría a discutir el tema de la región en serio ¿Qué de distinto tienen entre sí Arica, Iquique, Antofagasta o Copiapó? Desde el punto de vista socioeconómico, son regiones prácticamente idénticas: las minas pegadas a la cordillera, una playa bonita junto al mar con ciudades que las circundan, la pesca por aquí y por allá y un turismo que llegaremos a desarrollar. Claro, podemos pensar en los *clusters*, pero obviamente para ello es mejor una sola gran región. Por su parte, también es cierto que en la región de La Araucanía hay un elemento étnico importante, que habría que respetar y, a lo mejor, eso da también para tener una región junto con los elementos socioeconómicos que le son característicos. Y si es así, no nos olvidemos, entonces, de que en las regiones actuales hay también un elemento geopolítico, como en la región de Aysén, que vive una situación difícil, con un vecino que tenemos al otro lado de la cordillera, lo que llevó a pensar que las fuerzas armadas debían copar ese territorio con sólo 80 mil habitantes.

Así, cuando me dicen “traspasemos poder a las regiones”, inmediatamente les digo que estamos de acuerdo, pero a regiones que tengan densidad no sólo política (que la deben tener todas) sino que humana, de recursos humanos, de recursos financieros, de capacidades, de universidades, en fin: una región que sea un *corpus* en sí mismo. Y así podemos transferir. El drama de hoy es que muchas veces no están las capacidades para poder administrar lo que se está transfiriendo y ello es complejo. Entonces el resultado es que las oficinas Corfo dependen del gobierno

central y que la Dirección de Vialidad depende del director de Vialidad de Santiago. No digamos que esto es fácil. No podemos pedir que el Seremi ahora pase a ser un funcionario que no dependerá del ministro respectivo sino que sólo del intendente, puesto que no es automático sino complejo. Me gustaría que discutiéramos primero las regiones y después vemos. No se trata de postergar el tema, sino de discutirlo en serio.

Esto tiene que ver, además, con el ámbito financiero y la elección de autoridades. La elección de autoridades es muy necesaria, pero hagámoslo una vez que discutamos las regiones y cuáles son los roles de cada uno, ya que, por ejemplo, el orden interno y el orden público van a estar siempre en poder del Presidente de la República, quien debe tener un representante regional para ello. Y en el ámbito financiero, solamente quiero mencionar una anécdota del expresidente Fernando H. Cardoso en Brasil, una república federal como todos sabemos, donde el déficit financiero llegó a tal magnitud que todos los Estados estaban prácticamente quebrados. Entonces Cardoso llamó a todos los señores gobernadores y les dijo: “Yo me hago cargo de todas las deudas de ustedes con una condición: a partir de ahora para endeudarse ustedes tienen toda la autonomía que quieran, pero no vale sin la firma del ministro de Hacienda federal”. Ante un argumento tan poderoso, como el de hacerse cargo de las deudas, se aprobó esa reforma. Así es la realidad.

Yo estoy por un gobierno unitario descentralizado, vamos a eso, pero discutamos el ámbito de la región. A lo mejor hay cosas que van a ser del ámbito de la provincia y otras que van a ser del ámbito de la comuna. Ante la pregunta, por ejemplo, acerca de quién va a depender el transporte en la región del Biobío, yo diría que va a depender probablemente del gobernador o del intendente, pero no del alcalde de Concepción, porque tiene que coordinarse con el de Hualpén, con el de Chiguayante, etcétera. Lo mismo respecto del sistema de transporte de Santiago, en el cual es absurdo y ridículo que tenga que hacerlo el ministro de Transportes. Pero, para relevarlo de esa responsabilidad, resulta indispensable que un ente de autoridad metropolitana pueda hacerse cargo.

RÉGIMEN POLÍTICO

Respecto del régimen político debemos preguntarnos: cuánto habrá de democracia representativa, cuánto de participativa y cuánto contará con la cercanía de la gente. Respecto del régimen semipresidencial,

las sutilezas que expuso Enrique Barros me representan. Una anécdota al respecto. El año 1988, antes del plebiscito, discutimos con un joven político llamado Andrés Allamand. Él me preguntó: “¿Qué te parece el sistema francés?”. “Me parece muy bueno —le contesté—. ¿Y a ti qué te parece?”. Entonces Allamand me dijo: “Ah, muy bueno”. Respondí: “Qué bien, estamos por el sistema francés”. Pero la próxima vez que lo vi me dijo: “Me quedé pensando: no me gusta”. “¿Y por qué?”, le pregunté. “Bueno, porque esto es una ventaja para ustedes, porque es más fácil para una coalición “repartirse” los cargos y uno se va a llevar la Presidencia y el otro el cargo de Primer Ministro”, me respondió.

Digo esto porque toda institución política tiene consecuencias políticas. Ahora está muy de moda el referéndum revocatorio: lo eligieron Presidente por cuatro años, a los dos años pido que lo revoquen porque no me gusta lo que está haciendo, cómo está gobernando. Y va a ser muy fácil: porque si está por revocarlo, marque el 1, si está por no revocarlo marque el 2. Usted va a votar mediante el celular. Eso va a ocurrir sí o sí, se los doy seguro.

Ocurre que esto que suena tan popular —referéndum revocatorio, o sea, recupero la soberanía: yo, el pueblo lo elegí, pero ahora me doy cuenta de que me equivoqué con el gobierno y entonces lo cambio— automáticamente va a significar que todo Presidente, en la primera mitad de su primer período, va a tratar de traspasar esta barrera para que no lo revoquen y dejará cualquier medida impopular para la segunda mitad. Cuando al Presidente de Estados Unidos lo acaban de elegir, lo primero que tiene que hacer es pensar ¿cómo hago para que me reelijan?, porque ése es el test de un gran presidente: gobernó dos periodos y no uno. Si no, pregúntele al Presidente Obama, quien ha hecho todas las cosas duras en el segundo periodo y no en el primero.

¿Cómo se hace para explicar a la ciudadanía que determinadas instituciones políticas, que parecen tan obvias y tan lógicas, tienen consecuencias políticas? Por ejemplo, en Uruguay existen leyes revocatorias. Así, puede decirse: “Mire parlamento, usted aprobó esa ley que no me gusta y pido derogarla”, y si junta una cantidad de firmas adecuada, hay plebiscito. Para que el plebiscito sea vinculante debe participar un número determinado de personas, lo cual es una sana práctica. En suma, creo que van a surgir un conjunto de instituciones que van a generar mayores grados de participación y que van a tener consecuencias importantes.

Quisiera decir que estoy de acuerdo respecto a que el régimen Parlamentario con Primer Ministro implica una cosa muy distinta a lo que nosotros tenemos, sin embargo, creo que tiene sus ventajas. Es evidente que en Chile el presidencialismo es muy intenso, y que cuando se llega a la presidencia, el Presidente se siente prisionero del Congreso y piensa que aquél no está a la altura de sus brillantes ideas y le pone dificultades. En consecuencia, mientras está en el cargo busca incrementar los poderes del Presidente. En mi caso, por lo menos, implementamos algunas normas favorables al Congreso para que su relación con el poder ejecutivo no fuera tan asimétrica, entre ellas, por ejemplo, poder convocar a los ministros de Estado, poder hacer un conjunto de interpelaciones, facilitar la formación de las comisiones investigadoras, etcétera. Pero todavía estamos lejos. Por supuesto, cuestiones como la potestad legislativa y las materias de ley que podrían ser de iniciativa del Congreso son áreas importantes para la discusión.

Quisiera agregar que hay que entender que el Presidente de la República es muchas cosas. Es jefe de Estado, es jefe de gobierno. Jefe de Estado, con banda presidencial y edecán atrás; jefe de gobierno, cuando hay que arremangarse e ir a pelear o a ganar la elección. También es el líder de la coalición. Pero, tal vez, lo más importante es que el Presidente de la República es el principal comunicador social y eso lo obliga a ser en extremo cuidadoso en todos estos temas.

REFLEXIÓN FINAL

Como reflexión final quiero decir que, en último término, la constitución es la carta magna por la cual una sociedad resuelve sus diferencias. Y si todos en esta sala vamos a tener una carta para resolver nuestras diferencias, todos tenemos que concordar en esa carta. Éste es, por lo tanto, el tema de fondo: cómo resolvemos las diferencias y cómo se logran consensuar estas reglas por todos. El acuerdo es lo que da legitimidad en último término, más que el origen. Claro, cambiar lo que existe es más difícil porque no se parte de cero, sino que se parte afectando intereses creados, pues ya están creadas las instituciones. Entonces usted obliga a que todos tengamos que concordar en normas ya construidas.

Hace muchos años, dedicado a otros temas, me tocó participar en largas discusiones sobre el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y

cómo reformarlo. Cayeron en mis manos las memorias de Dean Acheson, cuyo precioso título es *Present at the Creation*. Él estuvo presente al momento de la creación del sistema internacional, la carta de San Francisco, Consejo de Seguridad, etcétera. Me quedé pensando: esto que nos están pidiendo que pensemos —el nuevo Consejo de Seguridad— quiere decir que ya no vamos a estar presentes *at the creation* porque la *creation* ya ocurrió. A lo sumo vamos a estar presentes en la *recreation*. Y allí entendí qué difícil es la *recreation*. En una de estas conversaciones que hubo con Tony Blair al respecto, alguien dijo: “Hay cinco miembros en el Consejo de Seguridad ¿por qué no discutimos el tema?”. Entonces me permití preguntarle a Tony Blair si él estaría dispuesto a aceptar que el derecho a veto sea ejercido por dos países y no por uno solo. Pensó un momento y me dijo: “No”. “¿Y qué harías entonces?”, le pregunté. “Pues, lo veto”, contestó. ¿Se entiende lo que quiero decir con *present at the recreation*?

Por esto me parece tan importante la búsqueda de un cierto grado de consenso entre nosotros, para poder tener una carta en la cual todos nos sintamos conformes, en donde seamos capaces de sentir que lo que queremos poner en la discusión pública no será vetado de antemano. A lo mismo apunto cuando espero que a mi amigo que cree en un Estado subsidiario no le digan en la Constitución que el Estado debe ser activo. ¿Cómo hacemos una carta en donde haya espacio para las distintas visiones que legítimamente se debaten en una sociedad, pero que, al mismo tiempo, sea una carta respecto de la cual tengamos la sensación que nos interpreta a todos? Éste es, creo, el debate que tenemos hoy entre nosotros.

Vuelvo, finalmente, al Centro de Estudios Públicos. Francisco Zúñiga, que participó de la apertura y cierre de la cuestión referida a la potestad constituyente, concluyó diciendo que el espacio del CEP había sido muy útil para lo que se había alcanzado en estos diálogos y él proponía que se mantuviera abierto. Suscribo la idea del profesor Zúñiga.

Muchas gracias. EP

Fernando Atria, *Derechos sociales y educación: Un nuevo paradigma de lo público* (Santiago: LOM Ediciones, 2014).

RESEÑA

EL SUEÑO DE LA RAZÓN

Pablo Ortúzar Madrid

Instituto de Estudios de la Sociedad

El último libro de Fernando Atria busca afinar su crítica al “neoliberalismo” —entendido como la defensa extemporánea del liberalismo clásico— y trazar un proyecto de desmontaje del mismo a partir de una nueva batería conceptual y de una serie de propuestas tácticas. *Derechos sociales y educación* es un producto derivado de *Neoliberalismo con rostro humano*¹ (del cual buena parte de *El otro modelo*² no es más que una versión de divulgación) cuyo objetivo principal es convertir la visión allí desarrollada en un programa específico de transformación en el ámbito de la educación, tal como *La Constitución tramposa*³ buscaba hacerlo en el ámbito de nuestro régimen constitucional. Así, si bien contiene varias consideraciones de fondo (especialmente la introducción de la noción de “paradigma” y la búsqueda de una definición de lo público), es un libro que se concentra en el plano

PABLO ORTÚZAR MADRID. Antropólogo social y magíster de análisis sistémico aplicado a la sociedad de la Universidad de Chile. Profesor del Instituto de Sociología de la P. Universidad Católica de Chile y de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile. Autor, junto a Francisco Urbina, de *Gobernar con principios. Ideas para una nueva derecha* (2013). Email: portuzar@ieschile.cl.

¹ Fernando Atria, *Veinte años después: Neoliberalismo con rostro humano* (Santiago: Catalonia, 2013).

² Fernando Atria et al., *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público* (Santiago: Debate, 2013).

³ Fernando Atria, *La Constitución tramposa* (Santiago: LOM Ediciones, 2013).

de la táctica, en explicar cuáles son los pasos más seguros, según el autor, para movernos desde lo que hoy existe hasta lo que a él le gustaría que existiera.

La propuesta política formulada en este libro intenta ser el reverso perfecto de lo que Atria llama la “hegemonía neoliberal”, cuya característica práctica principal parece ser la dominación blanda: no privatizar directamente, sino someter a lógicas de mercado a las instituciones estatales. Su respuesta, entonces, no es, como siguen defendiendo los socialistas nostálgicos, estatizarlo todo, sino someter aquellos aspectos claves de la vida en común a la lógica operativa del Estado, que llama “régimen de lo público”.

El concepto de lo público, en tanto, es develado aquí como un espacio de maniobra ambiguo, que ha servido para colonizar las instituciones estatales desde las lógicas de mercado, por lo que se propone usarlo en sentido inverso. Para ello, modifica su definición “neoliberal” (lo público como la provisión de ciertos bienes necesarios que el mercado no puede proveer a algunas personas) y lo formula en una versión “ciudadana” (lo público como ciertos bienes cuya importancia hace que deban ser proveídos de acuerdo a criterios de igualdad, neutralidad y universalidad). Con esto, Atria anticipa que la batalla por la definición de lo público será políticamente central en los años venideros.

En las próximas páginas presentaré el argumento central del libro, para luego comentar dos aspectos que me parecen de gran importancia, pues introducen posibles contradicciones en el discurso político del profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez: su determinismo histórico y su confusión entre lo público y lo estatal.

UN NUEVO PARADIGMA

El concepto central de este nuevo libro, ausente en *Neoliberalismo con rostro humano*, es el de “paradigma”. Atria lo entiende, apelando a Thomas Kuhn, como un conjunto de preguntas, ideas y criterios de corrección que estructuran la cosmovisión de una época y se traducen en determinadas prácticas. Sostiene luego que los paradigmas son incommensurables entre sí, debido a tres razones: que los problemas que cualquier candidato a paradigma debe resolver dependen del paradigma mismo, que los nuevos paradigmas suelen resignificar el lenguaje de

los antiguos y que quienes miran desde paradigmas distintos, ven algo diferente al hacerlo desde un mismo punto y en una misma dirección. Finalmente, aclara que esto no puede traducirse en un “todo vale”, puesto que, aunque no exista un criterio común independiente entre paradigmas, al estar históricamente situados puede evaluarse si el paso de uno a otro reduce o no el error. Es decir, si se puede dar cuenta de una teoría desde la otra, pero no al revés.

Luego, el profesor de derecho toma estas nociones desarrolladas para explicar los cambios de perspectiva en la historia de la ciencia y las aplica a la política. Para ello, añade una idea que atribuye al sociólogo inglés Thomas Marshall respecto a que habría una progresión necesaria⁴ entre los derechos civiles, los políticos y los sociales, lo que significa que el desarrollo pleno de cada uno exige el despliegue de los siguientes. El resultado final es un esquema evolutivo que pone hoy en conflicto a un paradigma antiguo (el “neoliberal” o de mercado, que pretende que no es necesario ir más allá de los derechos civiles y políticos) y un paradigma nuevo (el de los “derechos sociales”, que es el resultado necesario del despliegue del paradigma antiguo).

El paradigma “neoliberal” o de mercado, según Atria, es una postura liberal-contractualista desubicada, formulada anacrónicamente, que insiste en la defensa de puntos de vista que eran progresistas para el siglo XVIII en un contexto en que resultan reaccionarios respecto a la evolución necesaria de los propios principios que informan dicha postura. Su característica distintiva es el contractualismo individualista: la pretensión de pensar lo político desde lo pre-político, negando de paso la idea de lo público y afirmando que, más allá de cierto bienestar mínimo que asegure a todos el beneficio de pasar del estado de naturaleza al civil, los individuos no están obligados a nada entre sí. Defiende, por último, una noción de la justicia que no tiene historia, cuyo contenido quedó fijado de una vez y para siempre al momento de surgir la sociedad.

El paradigma de los derechos sociales, por otro lado, tiene como eje la idea de que la realización humana no es individual, sino recípro-

⁴ Es importante hacer notar que esta interpretación de Atria del texto de Marshall es discutible, ya que el propio Marshall declara que su análisis es más bien histórico que lógico (además de remitir específicamente a la historia inglesa). Ver Thomas Marshall, “Citizenship and Social Class” (1950), en *Inequality and Society*, editado por Jeff Manza & Michael Sauder (New York: Norton & Co., 2009).

ca. Ellos suponen un vínculo de ciudadanía que, en la visión neoliberal, es fundado por el contrato. Esto obliga a entender que ciertos aspectos del bienestar de cada uno son responsabilidad de todos y que la escasez, en esos ámbitos, debe ser enfrentada de forma igualitaria, buscando dar a cada cual según sus necesidades y aportando cada cual según sus capacidades. El problema de la distribución de ese bien, entonces, es publicitario, dependiendo el contenido y evolución de dichos derechos del aprendizaje de cómo se vive en común, de la comunidad.

Las instituciones son muy importantes para Atria, pues considera que la forma de proteger un derecho redefine su contenido. El correlato institucional del paradigma neoliberal, nos dice, es el mercado, mientras que el del paradigma de los derechos sociales es el “régimen de lo público”. En el mercado, los individuos actúan motivados por su propio interés y no por el ajeno: nadie tiene el deber de proveer o el derecho de recibir algo sin previo contrato y cada participante es libre de contratar con las condiciones que desee. En el régimen de lo público, el proveedor no provee por su propio interés, sino por servir al interés de todos, el ciudadano tiene derecho a la provisión y el proveedor deber de proveer y, por último, el proveedor no puede fijar condiciones de acceso caso a caso, sino solamente a partir de protocolos públicos aplicables a todos por igual.

LA TRANSICIÓN: INCREMENTALISMO, PEDAGOGÍA LENTA Y DELIBERACIÓN POLÍTICA

Una idea reiterada a lo largo del libro es que el fin se anticipa en los medios, por lo que no debe establecerse una diferencia tajante entre ambos. Esto hace que el autor descarte la vía revolucionaria, entendida como acción por fuera de las instituciones, como forma de transformación institucional. Es la vía democrática la que, mediante reformas progresivas e incrementales, es capaz de completar de manera efectiva la transición de un paradigma a otro.

Lo que ocurre es que, cuando un paradigma es puesto en entredicho por otro, quienes defienden al primero están dispuestos a introducir modificaciones institucionales —injertos anómalos— que son incompatibles con él. Esas soluciones *ad hoc*, al irse sumando, van horadando el paradigma antiguo, hasta que se llega a un punto en que mediante

cambios que parecen poco ambiciosos se produce una transformación total. Atria llama a estos cambios “antigatopardistas”, ya que operan en sentido inverso a la frase “que todo cambie para que todo siga igual”. Los derechos sociales, al operar en una lógica opuesta a la del derecho liberal o burgués, son uno de estos “injertos anómalos” a partir de los cuales puede subvertirse el sistema legal completo.

Este tipo de transformaciones está en sintonía con lo que el autor llama “pedagogía lenta”, la idea de que las instituciones no son meramente instrumentales, sino que anticipan un punto de llegada que la comunidad va comprendiendo de a poco, viviendo bajo ellas. El camino hacia la autocomprensión del colectivo como comunidad de intereses no puede ser inmediato ni depender de la fuerza o de un argumento. Es una forma de vida que se va desarrollando de a poco en el marco de instituciones que la hacen probable.

Este camino de autocomprensión es político, en el sentido de que depende de instituciones y procedimientos que vayan purgando el debate público de los intereses particulares y distinguiendo de ellos el “interés general”, el cual, a su vez, vaya informando las instituciones. De ese modo, los “poderes fácticos” van siendo domesticados por la discusión y las instituciones públicas.

El riesgo de desviación “socialdemócrata” de este proceso de transformación se encuentra en la posibilidad de que los derechos sociales, en tanto injerto anómalo, sean normalizados desde la lógica del derecho liberal, convirtiéndose en meros derechos individuales a una cierta provisión, alegables frente a un tribunal. El autor dedica un buen espacio a combatir esta postura, defendida por muchos abogados constitucionalistas que se consideran a sí mismos de izquierda y “progresistas”.

EL RESULTADO: UNA REDEFINICIÓN DE LO PÚBLICO

Según Atria, para el neoliberal lo público es el financiamiento de la producción de ciertos bienes necesarios que el mercado no puede producir, mientras no pueda producirlos. Una consecuencia de esto es que la provisión de estos bienes se entiende como un asunto meramente instrumental que, por lo tanto, debe abordarse de manera administrativa, gerencial. Una segunda consecuencia es que lo público pasa a ser

comprendido como el producto de una falla de mercado que debe asumir al propio mercado como estándar de realización. El resultado es la privatización del Estado y, en el fondo, la negación de lo público.

Como alternativa, la mirada desde el paradigma de los derechos sociales que propone el profesor de derecho nos presenta lo público como “la esfera de la ciudadanía”. Es un espacio en el que los ciudadanos, como iguales, discuten y deciden sobre lo que va en el interés de todos y en donde la apelación al interés particular o a la facticidad no tiene fuerza justificatoria. Un espacio sostenido sobre la convicción de que se puede actuar políticamente para cambiar la forma en que la vida en común se organiza y donde el hecho de que algo sea de un modo no es argumento para que siga siéndolo.

Este nuevo sentido de lo público se vincula con los derechos sociales, a su vez, ya que ellos son aspectos del bienestar de cada uno que no dependen de la capacidad fáctica de cada uno para procurárselos, sino del estatus de ciudadano y de la discusión pública respecto a qué aspectos de la vida en común (y de qué modo) deben ser regulados, reorganizados o modificados en función del interés general.

Finalmente, Atria defiende la idea de que no hay un vínculo necesario entre lo público y el Estado, pero sí una contradicción directa entre lo público y el mercado. Lo que define a lo público, entonces, no es el agente que actúa, sino el régimen bajo el cual actúa. El régimen de lo público es opuesto al mercado, pero no, en principio, a la participación de privados sujetos a sus reglas. Si la función que se cumple es pública, el régimen también debe serlo, con independencia de si el agente es privado o estatal. Así, es posible que haya “soluciones privadas a problemas públicos” —el famoso eslogan de Libertad y Desarrollo— pero sólo bajo un régimen conforme al cual esos problemas sigan siendo entendidos como públicos.

COMENZANDO POR LA EDUCACIÓN

Como punto de partida para la subversión de la lógica y las instituciones de mercado, Atria propone tomar la educación, que es el punto más débil de la institucionalidad desde las masivas movilizaciones de 2006 y 2011. Éste es el ámbito donde sería posible instalar, antes que en ninguna otra parte, el régimen de lo público, lo que implica la “descomodificación” completa de su provisión.

La crisis del sistema educacional, sostiene el profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez, es nada más que el efecto de tratar la educación como si fuera una mercancía. Lo que esto produce es una segmentación de la demanda de acuerdo a su capacidad de pago que se convierte en algo políticamente inaceptable, por lo que merece el término “segregación”.

El régimen de lo público aplicado a la educación, en tanto, resguardaría la libertad de proyectos educativos independientes del Estado, ya que permitiría que los privados siguieran funcionando, sólo que sometidos a un régimen institucional que excluiría el lucro, la selección y el copago. Esto tendría que empezar por los colegios estatales y particulares-subvencionados, para extenderse finalmente a todo el sistema.

Ahora bien, ya que el sistema educacional está fuertemente mercantilizado, el lugar para comenzar su subversión tiene que ser aquél donde este proceso se encuentre menos desarrollado. Y ese lugar, para Atria, es la universidad. Y la gran batalla política, en ese contexto, es por la gratuidad universal, ya que ella implica la total descomodificación de su provisión y rompe por completo con las lógicas de mercado.

El mecanismo que se propone es, además de reforzar la prohibición de lucrar, crear un impuesto especial para los egresados que financie la educación universitaria y asegure su gratuidad en todas las universidades sometidas al régimen de lo público, existiendo además aportes basales asegurados que sostengan la investigación en esas casas de estudio. La apuesta, a partir de ello, es ir aislando a las universidades que no se sometan al régimen, hasta que el sistema se vuelva universal.

Atria supone, finalmente, que una vez instaurada la gratuidad a nivel universitario, el efecto sistémico va a ser que el paradigma de los derechos sociales comience a penetrar en todos los demás ámbitos.

COMENTARIO

Derechos sociales y educación es una defensa fuertemente apasionante (y apasionada) del socialismo, que no sólo lo muestra como una alternativa a las democracias liberales modernas, sino que lo postula como su necesaria superación. El entramado argumentativo es, también en general, sólido, pero mirado de cerca deja a la vista ciertos problemas que algunas veces son tan evidentes que el propio autor opta —en

lugar de corregirlos— por declarar que no los comete. Un ejemplo de esto son sus caracterizaciones del mercado y del liberalismo, que tienden a una simplificación excesiva que a ratos asume el carácter de juicio moral, lo que el autor intenta negar a renglón seguido. Otro problema evidente se produce en el plano de los niveles de comparación que el libro utiliza: el liberalismo es muchas veces descrito a partir de sus resultados, al mismo tiempo que es comparado con una visión idealizada del socialismo que pocas veces se hace cargo de las consecuencias prácticas que ideas parecidas han tenido al ser aplicadas. Así, muy frecuentemente en el libro, un liberalismo real es comparado con un socialismo ideal, lo que beneficia obviamente al segundo.

El hecho de que el libro moraliza el debate respecto al rol del mercado y del Estado puede comprobarse en el intento de tipología de la acción que Atria construye para caracterizar la actividad de las personas en uno y otro. Respecto a la acción en el contexto del mercado nos dice que “los individuos actúan motivados por su propio interés, no por el interés ajeno”,⁵ mientras que en el contexto del régimen del Estado “el proveedor no provee porque de ese modo sirve su propio interés, sino porque sirve el interés del ciudadano”.⁶ Aunque el autor lo niega, estos tipos califican la intención moral de los agentes (y, por tanto de los regímenes), planteando que al pasar del régimen del mercado al del Estado cambia la motivación interna de su acción desde un interés egoísta hacia uno altruista. Esto empapa al libro, de hecho, de un tono casi misionarial o salvífico, alejando el debate del plano político.⁷ Otro antecedente de esta dimensión religiosa del texto puede encontrarse cuando Atria postula como equivalente del concepto de Dios de la tradición monoteísta cristiana al concepto de Pueblo en el plano político,⁸ lo que, por extensión, abre la puerta a pensar al Estado como Iglesia e imaginar una especie de síntesis final cultural e histórica para la humanidad.

Pero de entre todos los temas que podrían tratarse a partir del libro hay dos que merecen especial comentario, ya que pueden volverse contra las expectativas políticas del propio autor, incluso si se asumieran

⁵ Fernando Atria, *Derechos sociales y educación: un nuevo paradigma de lo público* (Santiago: LOM Ediciones, 2014), 126.

⁶ *Ibidem*, 128.

⁷ Agradezco mucho a Hugo Herrera la lucidez de sus reflexiones sobre este punto, que estarán a disposición de todos en un próximo libro.

⁸ Atria, *Derechos sociales*, 70.

sin más sus definiciones del liberalismo y del mercado. Uno es el determinismo histórico que introduce al asegurar que la progresión hacia los derechos sociales es lógica y, por lo tanto, históricamente necesaria. La segunda es la equiparación del régimen de lo público con el régimen del Estado, que reproduce la confusión entre lo público y lo estatal, aunque lo haga usando distinciones más sofisticadas.

DETERMINISMO HISTÓRICO

En el libro, el profesor Atria plantea que existiría una progresión necesaria entre derechos civiles, políticos y sociales, ya que “la propia lógica de los derechos civiles debe llevar a la superación de esta idea en los derechos políticos, y la propia lógica de los derechos políticos lleva, cuando es desarrollada enteramente, a la necesidad de reconocer los derechos sociales”.⁹ Los derechos sociales revelarían, en este esquema, el “verdadero sentido” de los derechos civiles y políticos.

A partir de dicha proposición, Atria descalifica la postura “neoliberal” no sólo como políticamente contraria a sus ideas, sino como históricamente superada. Afirmar en el siglo XVIII que los derechos civiles debían ser respetados, nos dice, “era un paso en el camino que llevaba hasta los derechos sociales [...] pero afirmar que los derechos relevantes son solo los civiles hoy, cuando ya hemos avanzado, es en realidad un retroceso”.¹⁰ La razón de este “retroceso” sería que “una teoría liberal que insiste en que lo político se explica desde lo prepolítico era un paso adelante cuando el adversario era el absolutismo, pero es un paso atrás cuando el adversario es la idea de derechos sociales”.¹¹

Las consecuencias de esta visión de la historia no parecen ser advertidas por el autor, pero son muy importantes. La primera de ellas es que si el destino está decidido, sólo queda discutir respecto a cómo “anticipar” su llegada. La pregunta respecto al tránsito entre el paradigma “neoliberal” y el de los “derechos sociales” es meramente táctica, ya que el curso está fijado y no existe sino una posición reaccionaria y otra favorable al progreso. Esto, evidentemente, devalúa lo político, reduciéndolo a un asunto más bien técnico. Lo único que Atria parece temer

⁹ *Ibidem*, 98.

¹⁰ *Ibidem*, 99.

¹¹ *Ídem*.

es que el destino sea retrasado por la elección de medios inadecuados para su “anticipación”. Ejemplos de ello serían el intento de generar quiebres institucionales por la fuerza y el intento de comprender los derechos sociales como derechos individuales.

La devaluación de lo político producida por la claridad del curso necesario de la historia tiende a arrastrar también a la democracia y a los medios pacíficos, por más que se tomen resguardos en contra de ello. Tal como lo señalara Raymond Aron, “en apariencia revolución y razón se oponen exactamente; ésta evoca al diálogo y aquella a la violencia. O se discute y termina uno por convencer al otro, o se renuncia a convencer y se confía en las armas. Pero la violencia ha sido y continúa siendo el último recurso de una cierta impaciencia racionalista. Quienes saben la forma que deberían revestir las instituciones, se irritan contra el engeguamiento de sus semejantes, desesperan de la palabra”.¹²

Los hombres movidos por la fe en un destino histórico creen estar “anticipando” la llegada del Reino y tienden a ignorar los límites de nuestro saber y la complejidad de lo real, negando la propia naturaleza del mundo.¹³ Tal visión, cargada de optimismo histórico —y a la vez de un cierto desprecio pesimista por el presente—,¹⁴ ve la pluralidad de sentido de los hechos históricos y la pluralidad de formas de vida y sus manifestaciones como algo problemático que puede ser superado. Cree que en algún punto de la historia se podrá mirar hacia atrás y todas las sociedades aparecerán frente a la conciencia finalmente ordenadas como etapas sucesivas de una búsqueda que progresaba en un sólo sen-

¹² Raymond Aron, *El opio de los intelectuales* (Buenos Aires: Siglo Veinte, 1979), 99.

¹³ Eric Voegelin hizo una de las más famosas críticas a este tipo de visiones escatológicas imanentistas (que él llama “gnósticas”), vinculándolas a la violencia política. En su libro *La nueva ciencia de la política* (Buenos Aires: Katz, 2005), señala: “la obsesión del sueño hace imposible que los representantes de las sociedades gnósticas tengan en cuenta la estructura de la realidad [...] no puede haber paz porque el sueño no puede traducirse en la realidad y la realidad aún no fracturó el sueño” (página 207). Ver también *El hombre rebelde*, de Albert Camus (Buenos Aires: Losada, 2007).

¹⁴ Esta idea es desarrollada por Karl Popper cuando escribe que los historicistas parecieran aferrarse con fervor religioso a su doctrina porque intentan “compensar la pérdida de un mundo inmutable aferrándose a la creencia de que el cambio puede ser previsto porque está regido por una ley inmutable” (*La miseria del historicismo* (Madrid: Alianza, 2006), 179).

tido. Tal fue la convicción que inspiró, a lo largo del siglo XX, a muchos de los ejecutores de los actos criminales más terribles de los que se tenga memoria: “La violencia se hace más inhumana todavía cuando se la considera al servicio de una verdad a la vez histórica y absoluta”.¹⁵

Si en verdad se cree que los fines se anticipan en los medios, es necesario evaluar lo contradictorio que resulta reivindicar la deliberación política y las libertades humanas desde una fe históricamente determinista, que se cierra a la pluralidad de lo real, a las limitaciones cognitivas de la condición humana y que resta valor justamente a la deliberación política que pretende reivindicar. Oponerse a la utilización de la violencia en la transformación del mundo parece entrar en contradicción con postular, al mismo tiempo, que se sabe hacia dónde marcha ese mundo.

Atria se queja en el libro de ser tildado de “dogmático” y acusa a quienes lo han llamado así de maniobrar desesperadamente en defensa del paradigma “superado”, así como de apelar, en función de esa defensa, a un relativismo que hace imposible la deliberación. Sin embargo, escudado en esa queja Atria podría estar mezclando a quienes efectivamente usan esa artimaña con quienes en realidad cuestionan su certeza radical y optimista respecto al devenir necesario del mundo; certeza que, además, descalifica por anticipado a sus adversarios políticos y los deja reducidos a meros defensores de intereses.

No es siempre cierto que “el que reclama que lo que sostiene es correcto crea, al decir esto, un espacio de comunicación con el otro”.¹⁶ La deliberación política, para poder existir, exige además que quienes participan de ella lo hagan con la certeza de que el sentido de ese diálogo —y, por tanto, de la historia— no está predeterminado. De hecho, bien podría decirse, siguiendo a la tradición socrática, que no es quien afirma estar en lo correcto el que crea un espacio de comunicación con otro, sino quien duda respecto a la validez general de nuestras convicciones. Atria tiene razón al decir que la acusación “se cree dueño de la verdad” dicha en defensa de un relativismo radical hace imposible el diálogo. Sin embargo, creer que se conoce el sentido de la historia no lo hace más fácil.

¹⁵ Atria, *Derechos sociales*, 120.

¹⁶ Aron, *El opio*, 168.

En suma, el determinismo histórico que introduce el profesor Atria en su planteamiento parece sostener una visión teleológica de la historia, la que implicaría, como explica Carlos Peña al comentar las ideas de Isaiah Berlin, una sola forma de vida a la cual deberíamos converger. La consecuencia de esto sería que la pregunta acerca de qué forma de vida deberíamos llevar “no admitiría respuestas genuinamente rivales e inconmensurables entre sí, sino una sola respuesta correcta y válida”.¹⁷ Esto, a su vez, haría imposible el pluralismo y la existencia de valores adversarios entre sí, además, por supuesto, de anular el espacio político en que las pluralidades dialogan. Todo lo cual nos lleva al segundo aspecto del libro que requiere comentario.

LO PÚBLICO, LO ESTATAL Y EL PLURALISMO

Como vimos, Atria le concede a sus adversarios que los privados pueden proveer bienes públicos, pero argumenta que para no corromper el estatus de esos bienes deben hacerlo sometidos a un régimen adecuado a ellos, el “régimen de lo público”. Luego describe este régimen, cuyos principios son los mismos que rigen la operación del Estado al relacionarse con quienes están sujetos a él: neutralidad y universalidad.

Este esquema, por supuesto, depende, al igual que su esquema adversario, de que los elementos en juego sean sólo cuatro: el Estado, el mercado y sus regímenes respectivos. El concepto de “público”, en este juego, es la carta que permite colonizar el espacio adversario, sometiendo al Estado a un régimen de mercado o a los privados a un régimen estatal sin privatizar o estatizar directamente (que son las posturas más radicales de uno y otro bando).

Esto permitiría configurar dos proyectos políticos perfectamente contrapuestos. Pero la pregunta es si ese esquema logra agotar los elementos que constituyen el orden social ¿Hay sólo Estado y mercado y sus respectivos regímenes? ¿Tiene lo público un carácter propio, más allá de su utilización como espacio de maniobra?

Según explican Marcel Hénaff y Tracy Strong en su libro *Espacio público y democracia*,¹⁸ existirían cuatro esferas a tomar en cuenta al

¹⁷ Carlos Peña, *Ideas de perfil* (Santiago: Hueders, 2015), 453.

¹⁸ Marcel Hénaff & Tracy B. Strong, *Public Space and Democracy* (Minneapolis: UM Press, 2001).

debatir respecto al carácter de una cierta realidad: la privada, la sagrada, la común y la pública. La esfera privada se caracteriza por reconocerse en ella el derecho a un individuo o grupo de individuos de establecer los criterios para permitir el ingreso a cualquier otro.¹⁹ La esfera sagrada es un espacio que se entiende como no fabricado por la actividad humana y que no puede ser apropiado ya que pertenece a la deidad. La idea de santuario como refugio en el cual no corren las leyes seculares se sigue de ella. El espacio común es aquel que no admite criterio y está abierto a todos de la misma manera: no es apropiable ni controlable. La esfera pública, finalmente, es el espacio creado por y para los humanos que es siempre disputable, ya que siempre que se forma un criterio que controla su admisión, el derecho a enarbolar y hacer valer ese criterio se encuentra en discusión. Es abierto a aquéllos que calcen con el criterio, pero no es apropiable en el sentido de poder ser controlado.²⁰

Las cualidades específicas del espacio público, según estos mismos autores, son tres. Primero, que está abierto en el sentido de que la posición de uno en ese espacio es transparente. Segundo, que es un constructo humano, un artefacto, el resultado del intento de los humanos por darle forma al espacio y a la cualidad de sus interacciones. Tercero, que es teatral: es un espacio que es visible y en el cual todos se pueden ver entre sí.²¹ Esta teatralidad puede ser entendida de tres maneras, que la política suele combinar: como farsa, como una representación no transitiva de lo común (en la cual el que es visto actuar no ve a los demás, como un rey) o como una representación transitiva de lo común en la cual hay observación recíproca. Quien actúa en el espacio público, entonces, ocupa una posición, lo que significa que encarna una expectativa respecto a su comportamiento. No hay neutralidad en ese espacio y pretenderse neutro es simplemente un intento de ocultarse a la vista de los demás.

Esta visión es complementaria con la ya clásica afirmación de Arendt respecto a que la realidad de la esfera pública “radica en la simultánea presencia de innumerables perspectivas y aspectos en los que se presenta el mundo común y para el que no cabe inventar medida o denominador común [...] pues, si bien el mundo común es el lugar de

¹⁹ Ibidem, 2.

²⁰ Ibidem, 4.

²¹ Ibidem, 7.

reunión de todos, quienes están presentes ocupan diferentes posiciones en él, y el puesto de uno puede no coincidir más con el de otro que la posición de dos objetos [...] ser visto y oído por otros deriva su significado del hecho de que todos ven y oyen desde una posición diferente [...] este es el significado de la vida pública”.²²

Este ámbito, que Habermas identifica como un espacio de “diálogo y análisis racional en que los sujetos se reunían para discutir la mejor forma de organizar la vida en común”,²³ surge, con la Ilustración, “al margen y por oposición al Estado”²⁴ (aunque bien podría defenderse su nacimiento en Grecia, con anterioridad al Estado), desde la sociedad civil, rompiendo la dicotomía entre el “ámbito de la autoridad” (organismos y procedimientos que administran el uso de la fuerza) y el “ámbito privado” (relaciones íntimas y mercantiles).

Lo público, entonces, aparece como un espacio común creado por la interacción humana para darle forma a sus vínculos. Este espacio está abierto a múltiples perspectivas y, por tanto, sujeto a constantes disputas respecto a su forma. Esta apertura equitativa a múltiples perspectivas es lo que normalmente conocemos como “pluralismo”.

PLURALISMO

Existe una gran cantidad de ideas respecto al pluralismo, pero, como señala Manfred Svensson,²⁵ son clasificables en dos grandes conjuntos: el “pluralismo ético” y el “pluralismo como programa de convivencia”. El primero pretende erigirse como “un camino que permite vivir en diálogo con distintas identidades humanas, dejando que esa variedad de identidades constituya nuestro gradual acceso a la naturaleza tenida en común”. El segundo tipo de pluralismo no supone la necesidad de ciertos valores comunes, sino simplemente ciertas institu-

²² Hannah Arendt, *La condición humana* (Barcelona: Paidós, 2005), 77.

²³ Jürgen Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública* (Barcelona: Gustavo Gili, 2014), 65.

²⁴ Joaquín Brunner & Carlos Peña, “Introducción” en *El conflicto de las universidades: entre lo público y lo privado*, de varios autores (Santiago: Ediciones UDP, 2011), 54.

²⁵ Manfred Svensson, “Subsidiariedad y ordopluralismo”, en *Subsidiariedad. Más allá del Estado y del mercado*, editado por Pablo Ortúzar y coordinado por Santiago Ortúzar (Santiago: Ediciones IES, 2015), 77-94.

ciones comunes en las que diversas formas de vida puedan coexistir. En términos simples, los pluralistas éticos, de tendencia progresista, creen que el pluralismo tiene como fin llegar a algún tipo de acuerdo moral sustantivo; mientras que los pluralistas programáticos, más escépticos, creen que las sociedades contemporáneas no pueden funcionar con ese horizonte y que debemos simplemente buscar convivir en paz.

El pluralismo ético “aspira a orientar las conductas de los individuos en la dirección de un encuentro respetuoso en la diversidad de las diferencias legítimas”,²⁶ evitando los excesos tanto del relativismo como del universalismo. Con ese fin, defiende que distintas formas de vida e identidades humanas son la expresión de la misma naturaleza, exigiendo respetar “no sólo aquellas costumbres que, en virtud de la identidad propia, se viven como valores, sino también tratar como valores aquellas costumbres legítimas que otros, en virtud de una identidad tan legítima como la propia, viven como valores”.²⁷ Esto abre también la puerta a que distintas formas de vida legítimas, eventualmente, coincidan respecto a cuáles costumbres no deben tratar como valores, aunque exista alguna forma de vida que las viva como tales. La justificación de ello sería que atentaran contra la dignidad básica de la naturaleza humana entendida en términos puros y formales. Ejemplos de ello son el esclavismo, la castración femenina o el sacrificio humano.

El pluralismo como programa de convivencia es más modesto en sus expectativas y se identifica más bien sólo con las conclusiones prácticas del pluralismo ético: generar instituciones que traten como valores lo que otros viven como valores (y que no entran en conflicto con la dignidad básica del ser humano). Esto exige simplemente la disposición a “vivir juntos”, es decir, a ver el vínculo con los demás como algo más que un medio para fines contingentes, y la traducción de esa disposición en cierta tolerancia a las creencias y vivencias de los otros.

Para los fines de este comentario no es necesario tratar de zanjar el debate entre el pluralismo como ética y el pluralismo como programa de convivencia. Basta señalar que el pluralismo implica una exigencia institucional de “tratar como valor” la diversidad de creencias y vivencias diferentes a la propia, y, por tanto, la diversidad de instituciones

²⁶ Miguel Orellana, *Pluralismo. Una ética del siglo XXI*, 2ª ed. (Santiago: Editorial USACH, 1996 [1994]), 15.

²⁷ *Ibidem*, 62.

surgidas al alero de esas creencias y vivencias, en la medida en que no atenten contra la dignidad humana.

Esta idea básica de pluralismo, referida específicamente a la universidad, es la expresada por Juan Manuel Garrido, Hugo Herrera y Manfred Svensson en su libro *La excepción universitaria*. Ahí, los autores señalan que la publicidad de una institución de educación superior “es compatible con diversas concepciones del bien”, en la medida en que dichas concepciones sean “lo suficientemente razonables como para poder presentarse de buena fe al escrutinio y la deliberación públicos”.²⁸

Es la diversidad de tendencias existente en instituciones universitarias estatales y privadas lo que contribuye a la existencia del pluralismo y, por tanto, a la configuración de lo público. El pluralismo en la sociedad “estará garantizado y protegido precisamente por la existencia de perspectivas rivales que alcanzan a tener una expresión institucional, y que desde esa expresión institucional despliegan su identidad exponiéndose a su vez a la crítica”.²⁹ Al permitir que una visión de mundo adquiriera expresión universitaria y tenga libertad para desarrollar su proyecto de un modo que afecta la contratación, las áreas de investigación y otras características de la universidad, “saltan a la vista de modo más llamativo las consecuencias de distintas concepciones de la realidad”.³⁰ Esto ampliaría la libertad de las personas, ya que pone a disposición de las personas alternativas consistentemente pensadas, siendo sólo en tal contexto que podemos aprender efectivamente del otro. Tal idea es defendida en extenso por Manfred Svensson en el artículo “Universidades confesionales y pluralismo”.³¹

Una sociedad pluralista, concluyen los autores, no sólo es una sociedad que transforma algunas de sus instituciones en pluralistas, sino una “en que también pueden convivir instituciones y tradiciones efectivamente distintas”, en la que el pluralismo no consiste en “forzar a todas las instituciones a cierta diversidad interna que las convierta

²⁸ Manuel Garrido, Hugo Herrera & Manfred Svensson, *La excepción universitaria* (Santiago: Ediciones UDP, 2012), 75.

²⁹ *Ibidem*, 85.

³⁰ *Ídem*.

³¹ Manfred Svensson, “Universidades confesionales y pluralismo”, Informe n.º 1191, Centro de Estudios para la Democracia.

en semejantes entre sí”.³² Es de la existencia institucionalizada de una diversidad de tradiciones de saber, en suma, que lo público se nutre. Y cada universidad cumpliría su “rol público” en la medida en que se organizara de modo de hacer avanzar su tradición y ponerla a dialogar en el espacio común con otras tradiciones.

¿ES PLURALISTA EL RÉGIMEN DEL ESTADO?

El pluralismo en que se sostiene lo público, entonces, es una forma de igualdad que supone que todas las opciones de vida legítimas sean tratadas con igual respeto. Esto, a su vez, supone que existan formas de vida que puedan desarrollarse a partir de una concepción absoluta de los valores, sin por ello negar la existencia de otras formas de vida legítimas. La pregunta es si la visión del Estado coincide con la visión de lo “público”. En otras palabras, si el “régimen de lo público” es lo mismo que el “régimen del Estado”.

El Estado, en una sociedad pluralista, está al servicio de ese pluralismo. Esto significa, primero, que debe actuar persiguiendo la neutralidad y la universalidad en sus prestaciones. Todos los ciudadanos son iguales frente a la ley y, por tanto, deben ser tratados de la misma forma por el Estado. Lo segundo es que, en una sociedad pluralista, el Estado está obligado a “no imponer a las sociedades intermedias la neutralidad que otros le exigen a él en otras materias”.³³ Esto significa que debe tolerar la existencia de una pluralidad de “comunidades de convicción y de ideas”, con “programas determinados, que pueden ser libremente abrazados por sus miembros”, y que velan por su propia identidad, lo que “puede implicar exclusiones”.³⁴

Podemos ver con claridad que el “régimen del Estado” en un orden pluralista y el “régimen de lo público” no son lo mismo. El espacio público surge al margen del Estado, desde la sociedad civil, como un espacio de encuentro de miradas, identidades y tradiciones distintas. El régimen del Estado lo que hace es tolerar esa pluralidad de miradas en los márgenes de lo razonable y tratarlas como igualmente valiosas.

³² Garrido, Herrera & Svensson, *La excepción universitaria*, 86.

³³ Manfred Svensson, “¿Una disposición pasajera? Hacia una concepción robusta de mera tolerancia”, en *Una disposición pasajera*, de Svensson, Andrea López & Ismael Gavilán (Santiago: Ediciones UDP, 2013), 74.

³⁴ Ídem.

Así, desde este punto de vista, puede afirmarse que Fernando Atria construye su argumento sobre la base de una confusión entre Estado y sociedad civil, que es una confusión entre el régimen del Estado y el régimen de lo público. Por esta razón termina exigiendo a las instituciones de la sociedad civil operar según la misma lógica en que el Estado pluralista está obligado a actuar respecto a la sociedad civil. El efecto de esta idea, de llevarse adelante, sería neutralizar y homogeneizar todas las formas de vida existentes, generando un sólo orden legítimo y acabando con la diversidad de miradas que constituyen lo público. En otras palabras, el “régimen de lo público” propuesto por Atria no es otra cosa que el debilitamiento de lo público por el Estado.

El origen de este malentendido en el ámbito de la educación en general, y de la educación universitaria en particular, viene dado por la historia reciente de los Estados nacionales. Si bien las universidades son previas a los Estados nacionales modernos y nacieron como “instituciones públicas, aunque arraigadas en esa esfera que la literatura del XVIII comienza a llamar sociedad civil”,³⁵ durante el siglo XIX fueron creadas instituciones estatales (“universidades modernas”) bajo la creencia de que “existiría una identificación plena de intereses entre el Estado y la nación y entre ésta y la ciudadanía democrática”.³⁶ Sin embargo, esta pretensión de identidad se fue debilitando a lo largo de toda la segunda mitad del siglo XX —luego de la experiencia de los totalitarismos— y ha entrado en abierta crisis durante el siglo XXI. Hoy nadie piensa seriamente que exista perfecta identidad entre Estado, nación y ciudadanía, y ésa es exactamente la razón por la que las “luchas por el reconocimiento” (nacional, identitario, institucional, etcétera) se han tomado la agenda pública durante los últimos 30 años.

En efecto, tal como explica Manfred Svensson en “Una disposición pasajera”,³⁷ occidente parece haberse movido desde una visión en la cual la tolerancia pluralista era entendida como una etapa transicional hacia una síntesis universal (que el Estado era capaz de producir), a comprender que, más que una forma transicional, es una manera de convivir razonablemente con otros seres humanos. Y es esta segunda

³⁵ Brunner & Peña, “Introducción”, 11.

³⁶ Ídem.

³⁷ En *Una disposición pasajera*, de Manfred Svensson, Andrea López & Ismael Gavilán (Santiago: Ediciones UDP, 2013).

idea de la tolerancia pluralista, que depende de un “entramado mayor de excelencias humanas”, el que parece ahora ser despreciado por muchos nostálgicos de las ideologías de la “síntesis universal”.

CONCLUSIÓN

El régimen de lo público, en conclusión, es el régimen de convivencia plural entre distintas organizaciones sociales con fines legítimos diversos e inspiradas por visiones distintas —y, a veces, contrapuestas— respecto a cuestiones diferentes. Esta pluralidad es asegurada por el Estado en la medida en que tolera, trata y valora a estas instituciones en un pie de igualdad y de neutralidad. El régimen del Estado pluralista, por tanto, es complementario al régimen de lo público, pero en ningún caso son lo mismo.

La pretensión de volver equivalentes Estado y sociedad civil entendida como pluralidad de formas de vida —algo parecido a equivaler el régimen del Estado y el régimen de lo público— condujo en el siglo XX a la construcción de Estados totalitarios en los cuales se ponía la “unidad” como valor central y se arrasaba con toda instancia intermedia entre el individuo y el Estado con el objetivo de planificar la forma de esa unidad. Este tipo de proyectos fueron llamados por el filósofo inglés Michael Oakeshott “empresas sociales”, pues en ellas “los intereses de los ciudadanos están siempre subordinados al proyecto general, que está invariablemente determinado por el poder soberano, es decir, por el Estado mismo” y “la igualdad formal es reemplazada por una métrica social que ordena a las personas de acuerdo a su contribución a un todo corporativo y, usualmente, por una cadena de moralina pública que busca justificar estas asignaciones”.³⁸

Fue justamente la extensión del absolutismo en la forma de los regímenes totalitarios³⁹ lo que hizo que las luchas liberales por los de-

³⁸ Jesse Norman, *La Gran Sociedad. Anatomía de la nueva política* (Santiago: Ediciones IES-180, 2014), 134-135.

³⁹ Este asunto es tratado en forma muy notable por el anarquista alemán Rudolph Rocker, quien afirma que “los representantes del socialismo autoritario, en la lucha contra el liberalismo, tomaron a menudo prestadas sus armas del arsenal del absolutismo” (Rudolf Rocker, *La influencia de las ideas absolutistas en el socialismo* (La Biblioteca Anarquista, 2012), 6). El asunto también es tratado por Aron, en el ya citado *El opio*, y por Bertrand de Jouvenel en *Sobre el poder* (Madrid: Unión Editorial, 2011).

rechos civiles y políticos tuvieran sentido a lo largo del siglo XX, y es razonablemente defendible que también sea esa lucha lo que les da sentido en el siglo XXI. Ya que la historia no parece tener un sentido claro y fijo ni sus conquistas parecen estar aseguradas, por lo que la amenaza del poder absoluto no podrá darse nunca por superada, las tradiciones liberales no parecen tener sus días contados ni poder ser simplemente tachadas como anacrónicas.

Aunque Atria toma distancia abiertamente de posturas políticas y métodos totalitarios, no es claro que esa prevención tenga un correlato a nivel de sus propuestas. No es evidente, usando sus conceptos, que la forma de vida anticipada por las instituciones que él propone sea compatible con las libertades (¿burguesas?) que hoy consideramos valiosas, con la pluralidad de formas de vida y expresiones propias de la sociedad civil, ni con la deliberación política misma. Ello, por supuesto, no es problema si se piensa que lo anticipado es el paraíso terrenal entendido como una comunión perfecta y definitiva de las almas en la cual la política ha sido superada. Pero resulta complicado para cualquiera que crea que, mientras haya historia, los seres humanos seguiremos atados a nuestra condición, enfrentando los mismos problemas, obligados a vivir políticamente. Y ya hemos visto que ello no parece ser facilitado ni por los determinismos históricos ni por la confusión entre lo público y lo estatal. En otras palabras, no es claro que el “régimen de lo público”, tal como es propuesto y defendido en el libro, engendre un mundo donde sea probable que lo público pueda seguir existiendo. *EP*

Cristóbal Bellolio, *Ateos fuera del clóset*
(Santiago: Penguin Random House, 2014).

RESEÑA

ATEOS DEL MUNDO, UNÍOS

Daniel Loewe

Universidad Adolfo Ibáñez

A *teos fuera del clóset*, de Cristóbal Bellolio, es un libro bien escrito y estructurado, ameno, que sabe generar intimidad con el lector. Ya lo sabíamos, Bellolio tiene buena pluma. Pero, además, es un texto —lo que es raro en la academia— comprometido: al autor no sólo le interesa probar argumentativamente que sus tesis son las correctas —como, en mi opinión, casi siempre lo son—, sino que además le interesa, primero, convencer al lector de que sus tesis son las correctas y, segundo, convencerlo de que la corrección de las tesis debe implicar un compromiso práctico. De ahí la exhortación a salir del clóset con la que finaliza el libro. Se trata de una publicación precisa, en el momento adecuado.

El libro se estructura en siete partes. La primera es una introducción autobiográfica. La segunda refiere a distinciones conceptuales (ateos, teístas, deístas, agnósticos, etcétera). En la tercera, Bellolio se enfrenta al tema de las explicaciones no naturalistas (religiosas) del mundo y su funcionamiento, dedicando atención especial a los problemas del origen (de dónde proviene lo que existe). En la cuarta, se enfrenta a las problemáticas relativas al sentido de la vida con y sin referencia a algún dios (el problema del sentido trascendente o inmanente).

DANIEL LOEWE. Doctor en filosofía por la Universidad de Tübingen. Profesor de la Escuela de Gobierno de la Universidad Adolfo Ibáñez. Investigador de Núcleo Milenio / Modelos de Crisis. Email: daniel.loewe@uai.cl.

En la quinta, se refiere al tema de la moral con o sin origen divino. La sexta es un análisis de la laicidad de las estructuras estatales institucionales en Chile. Y finalmente, Bellolio exhorta a asumir las consecuencias prácticas de su análisis, proponiendo algunos modos, también institucionales, de hacerlo.

Bellolio argumenta sin contemplaciones, y como es usual en este tipo de libros, a favor de la superioridad del método científico por sobre la exegesis religiosa para dar cuenta de lo que es (tercera parte). Explicaciones no naturalistas del mundo son apropiadas para la literatura fantástica, pero no para la ciencia. No me referiré a estas discusiones, que son correctamente desarrolladas por el autor y en las que, sin duda, lleva las de ganar.

En la sexta parte, Bellolio realiza un análisis acucioso de la realidad institucional del Estado de Chile en cuanto a su supuesto secularismo o laicismo (conceptos que Bellolio expresamente utiliza como sinónimos). Para esto, recurre a la teoría de Robert Audi, que ofrece tres principios para examinar la separación entre las religiones y el Estado: el libertario, el igualitario y el de neutralidad. De acuerdo a su análisis, que en mi opinión es correcto, el Estado en Chile cumpliría con el primer principio, al asegurar a sus ciudadanos un espacio amplio para llevar a cabo sus preceptos religiosos. Pero no sería así con el principio de igualdad, ya que las religiones no estarían en igual pie (la distinción entre el estatus de personalidad jurídica de derecho privado y de derecho público que diferencia entre iglesias es un buen indicador de aquello). Pero el principio que nuestra institucionalidad definitivamente dista de cumplir es el de neutralidad: el Estado en Chile no es neutral entre la religiosidad y la no religiosidad. El Tedeum, los pesebres navideños, los feriados religiosos y las referencias de las autoridades públicas a creencias religiosas para apoyar o rechazar leyes, normativas o políticas públicas lo evidencian claramente.

En la cuarta parte Bellolio sostiene la tesis del sentido inmanente de la vida, es decir, la posibilidad de dar sentido a la vida sin referencia a un orden sobrenatural. Para los que no creemos que los dioses existan, el sentido de la vida debe referir a un proceso de construcción y asignación. Sin embargo, Bellolio es condescendiente pero también ambivalente con la religión y su aporte a la pregunta del sentido de la vida. Por una parte, considera que la religión sigue siendo una referencia posible

y quizás incluso apropiada si se trata de dar sentido a la vida. Por otra parte, Bellolio reconoce los peligros que subyacerían a la estrategia religiosa del sentido (refiere a Freud, Marx y Nietzsche). Pero a pesar de reconocer estos peligros, en última instancia parece subordinarlos a los beneficios que puede traer la religión para responder individualmente a la pregunta acerca del sentido de la vida. El motivo parece ser: si ayuda, bienvenida sea.

No estoy tan seguro sobre la pertinencia de esta subordinación o, al menos, de que con respecto al sentido de la vida la opción de los con dios y la opción de los sin dios sean igualmente valiosas, como Bellolio sugiere. Es evidente que muchos encuentran el sentido de la vida en la religiosidad, sobre todo en momentos trágicos. Es evidente que es un despropósito, como Bellolio sugiere, contradecir a los padres que acababan de perder a su hijo y buscan, y quizás sienten, alivio al considerar que está en un lugar mejor. Pero el motivo aquí es la compasión, un loable motivo. En este sentido, el rol terapéutico que podemos reconocer en la religión no se diferencia del rol terapéutico que podemos reconocer en un Valium (y no hay nada ilegítimo en prescribirlo o tomarlo uno mismo, aunque en un cierto sentido implique una forma de autoengaño: en ocasiones, la realidad es demasiado pesada para enfrentarla con todos los sentidos). El problema es que la religiosidad en cuanto tal, si bien legítima como opción personal para encontrarle sentido a la vida, tendría epistemológicamente una posición inferior para responder a la pregunta sobre el sentido de la vida, al menos en tanto asumamos la tesis —lo reconozco, controvertida— de que no queremos vivir bajo creencias falsas, y reconozcamos la corrección de los resultados de la tercera parte del libro de Bellolio, es decir, que la creencia en que dios existe no puede descansar en evidencia y, por tanto, se trata de una creencia falsa. Recurriendo al humanista Lodovico Settembrini, quien en sus memorables conversaciones con Naphta en la *Montaña mágica* de Thomas Mann afirmaba que la música era “políticamente sospechosa” porque hacía inflamarse la pasión y no la razón y así engañaba al espíritu, podemos afirmar que la religión es “políticamente sospechosa” por exactamente las mismas razones, y esto vale también cuando se recurre a ella para dotar de sentido a nuestra vida. Puede que la religión y lo trascendente sirvan para dotar de sentido a la vida, como para muchos es el caso, pero eso no le confiere un estatus especial o incluso

similar al del sentido inmanente. En rigor, si estamos de acuerdo con su estatus epistemológico inferior, tenemos que afirmar que también lo es la dotación de sentido que remite a ella.

En la quinta parte del libro, Bellolio defiende con fuerza la tesis de que la referencia a la religión es insuficiente —pero también innecesaria— para justificar comportamientos morales apropiados. Es insuficiente porque desde la perspectiva de las distintas religiones, o incluso desde la perspectiva de una misma religión, las conductas que se consideran como apropiadas y no apropiadas son contradictorias y, en muchos casos, moralmente incorrectas. Seguir esos preceptos implicaría renunciar a nuestra capacidad moral. Tal como Bellolio arguye, entre Abraham y Antares de la Luz no hay diferencias relevantes. Al mismo tiempo es innecesaria, porque es posible una moral sin referencia a preceptos divinos.

Al referir a esta última posibilidad, el autor no sólo comenta las bondades del kantismo y del utilitarismo (aunque hay que decir que el kantismo kantiano —hay kantismos no kantianos— como teoría moral viene con una maleta metafísica muy pesada, quizás tan pesada como la que trae consigo la religión), sino que además refiere a “una perspectiva naturalista que puede resultar contraintuitiva”.¹ La idea es que la ciencia (neurociencias, psicología, sociología evolutiva, etcétera) ofrecería explicaciones evolutivas acerca de las ventajas que traen consigo ciertos tipos de comportamiento (como la cooperación y el altruismo) que luego, al adquirir conciencia, elevamos a una categoría moral. Así, las respuestas morales estarían en nuestra “propia historia evolutiva”. Sólo se trataría de pulirlas. En este punto, aunque Bellolio es cuidadoso, no puedo sino presentar reparos: no hay vínculo justificativo entre evolución y prescriptividad. El único vínculo es explicativo. Así como cualquier explicación no naturalista —es decir, que se base en premisas no falsificables en razón de su inmunidad a la evidencia empírica— es inaceptable como explicación del mundo natural (aunque sin duda buen material para la literatura fantástica), así también lo es toda normatividad que base su prescriptividad en algún tipo de naturalismo (lo que resulta en este último caso es también un tipo de literatura fantástica que en el mejor de los casos se denomina realismo moral y, en el peor, neo-

¹ Cristóbal Bellolio, *Ateos fuera del clóset* (Santiago: Penguin Random House, 2014), 196.

darwinismo). Por el contrario, lo que es bueno evolutivamente en ningún caso puede ser un criterio para determinar lo que es bueno normativamente. Son universos paralelos, y mezclarlos, uno de los peores errores.

Me permitiré una digresión. Como es bien sabido, leer es siempre leer acerca de uno mismo. Todo ejercicio de lectura es autorreferencial (seguimos leyendo a los clásicos porque reconocemos algo profundamente humano, quizás incluso universal, en lo que nos reconocemos). Y enfrentarme al libro de Bellolio no ha sido una excepción. En mi caso, me sorprendió profundamente que el autor considere como problemáticas —y por tanto dignas de discusión— una serie de ideas y prejuicios que usualmente tienen individuos religiosos sobre los no religiosos, así como sobre la vida sin religión (por ejemplo, si es posible tener una vida con sentido y sin dios, o si es posible actuar moralmente sin religión, etcétera). Expresado en modo inverso: me llamó la atención cuán poco problemáticos son todos estos temas para mí. Evidentemente, entiendo que todo esto es problemático para muchas personas y que Bellolio quiere hacerse cargo de esas preocupaciones para desarmarlas (no olvidemos que el autor no sólo quiere probar sus tesis, sino convencer acerca de su corrección y exhortar a actuar de acuerdo a ellas). Pero no es sólo eso. Para el autor, todos estos son temas problemáticos de un modo vital porque están intrincados en su propia biografía y en su proceso de independencia intelectual, tal como queda en claro al leer la primera parte, autobiográfica, del libro. Por mi lado, nunca he tenido sensibilidad religiosa y quizás ni siquiera metafísica (soy sordo y ciego a lo sobrenatural). Ciertamente tiene que ver con mi socialización naturalista —y materialista histórica—. De la materialista histórica me liberé con los años, pero no así de la naturalista. De hecho, me resulta evidente que la posición más razonable es reduccionista y fisicalista (esto es, una posición que reduce la biología y la mente a las leyes y propiedades establecidas por la física, lo que va más allá de lo que Bellolio sostiene), aun reconociendo mi indefensión teórica frente al *really hard problem of consciousness*.² El punto de esta digresión es evidenciar aquello en lo que el autor reiteradamente y con razón insiste: los niños son inmensamente susceptibles a los procesos de adoctrinamiento

² Éste es el problema del aspecto subjetivo de la experiencia —los famosos *qualia*—; es decir, que un procesamiento físico dé lugar a experiencias con un carácter fenomenal, y que las cualidades fenomenales sean subjetivas.

parental. Todos lo hemos sido. De algún modo, todos somos prepucios sacrificados al altar de algún dios; al altar de esos diosceillos todopoderosos, celosos, admirados y en ocasiones casi determinantes del destino que resultamos ser los padres en los primeros años de vida de nuestros hijos. Con las palabras de Shalom Auslander en *Lamentaciones de un prepucio*, los que cuestionan la adoctrinación religiosa recibida constituyen una “nación de prepucios, que hacen lo que pueden para empezar de nuevo, construir algo y pasar la página”.³ Para Bellolio, en razón de su socialización, escribir y publicar *Ateos fuera del clóset* es un acto eminentemente performativo y liberador. Es un prepucio que pasa la página.

Y esto nos lleva a la última parte del libro, en la que Bellolio obtiene consecuencias prácticas del ateísmo. Algunas de ellas me parecen novedosas e interesantes (por ejemplo, la idea de ritualizar la vida de los sin dios). Otras, interesantes pero problemáticas; en especial, la idea de un derecho de todos los niños y niñas a un ambiente educacional libre de adoctrinamiento religioso. Evidentemente, expresado de ese modo, no se puede sino estar de acuerdo. Ni los amish, ni los gitanos, ni los cristianos fundamentalistas deben tener la autoridad para transformar el origen de sus hijos en destino. Entiendo la preocupación de Bellolio por la falta efectiva de opciones no religiosas en la educación pública, y comparto su idea de que hay que acabar con el adoctrinamiento en ella y derogar el D.S. 924, que indica que la enseñanza de la religión en Chile debe ofrecerse en forma obligatoria en todos los colegios, pero es opcional para los alumnos. Pero pienso que si la tesis de Bellolio respecto al derecho de los niños a un abanico amplio de opciones es correcta, debe aplicarse también a la educación privada. Sugerir, como hace Bellolio, que si cada cual paga por su preferencia costosa (es decir, matricula a sus hijos en un colegio religioso particular y paga las mensualidades), entonces los padres retienen el derecho a adoctrinar a sus hijos mediante la maquinaria educativa institucional, honra insuficientemente el derecho de los niños al futuro abierto que él defiende. En otras palabras, el derecho a un futuro abierto debiera correr tanto para los niños en colegios privados como públicos.

³ Shalom Auslander, *Lamentaciones de un prepucio* (Barcelona: Blackie Books S.L.U., 2010), cap. 22.

Por otra parte, si Bellolio no está dispuesto a sacar esta conclusión y permite, por tanto, que los padres puedan adoctrinar a sus hijos mediante la institución educativa si su bolsillo se los permite, entonces también debiese estar dispuesto a que otros padres gocen de la posibilidad de adoctrinamiento, aun cuando no puedan financiarla. La educación particular subvencionada, sobre todo si el Estado asume el copago, sería una alternativa. Como un asunto de principios: o la tesis de Bellolio vale para todos los niños, es decir, se trata de un derecho de todos a no ser adoctrinados religiosamente, aunque sus padres tengan los recursos para pagar por la satisfacción de su preferencia adoctrinadora en la educación privada, o no vale para ninguno. No veo un punto intermedio.

Si bien tengo simpatía con la tesis de Bellolio, tiendo a pensar que el derecho de los niños a no ser religiosamente adoctrinados no se puede extender al punto en que él lo hace. Ciertamente, hay muy buenas razones para limitar los niveles de adoctrinamiento. Por ejemplo, me parece que, ya sea educación pública, particular subvencionada o privada, no se debiese impartir el creacionismo o el diseño inteligente como una opción validada científicamente —porque no lo está— que goce de igual o mejor estatus que la teoría de la evolución; no se debiese dejar de enseñar la teoría de la selección natural; y no se debiese permitir a los padres retirar excepcionalmente a sus hijos de las clases en que se enseñe la teoría de la evolución, la igualdad entre los sexos o educación sexual. Sin duda, todo esto restringe las oportunidades de algunos padres interesados en adoctrinar a sus hijos mediante una institución educativa. Pero todo esto está lejos de la tesis de Bellolio de asegurar a los niños un ambiente e institucionalidad escolar exclusivamente libre de religión. *EP*

RÉPLICA

DERECHA Y COMPRENSIÓN POLÍTICA. RESPUESTA A JOAQUÍN FERMANDOIS, RENATO CRISTI Y MAX COLODRO*

Hugo Eduardo Herrera

Universidad Diego Portales

1. RECAPITULACIÓN INTRODUCTORIA

El primer semestre de 2014 publiqué un artículo en *Estudios Públicos* sobre el llamado cambio de ciclo político y la derecha chilena.¹ Al preparar el artículo me percaté de que la complejidad del asunto abordado haría imposible terminar bien si no suspendía la redacción en cierto punto. Entonces decidí preparar un ensayo más extenso, que apareció en forma de libro, titulado *La derecha en la Crisis del Bicentenario*.² Entre los comentarios que han realizado del libro y del artículo

HUGO EDUARDO HERRERA. Doctor en filosofía en la Julius-Maximilians-Universität de Würzburg. Profesor titular del Instituto de Humanidades, Universidad Diego Portales. Autor, entre otros, de *Más allá del cientificismo*, *Carl Schmitt als politischer Philosoph* y *Sein und Staat*. Email: hugoeduardoherrera@gmail.com.

* Respuesta de Herrera a las reseñas que Joaquín Fermandois y Max Colodro hicieron a su libro *La derecha en la Crisis del Bicentenario* (Santiago: Ediciones UDP, 2014), así como al comentario realizado por Renato Cristi sobre su artículo “La derecha ante el cambio de ciclo” (*Estudios Públicos* 135, 2014). Estos tres textos fueron publicados en *Estudios Públicos* 138 (2015).

¹ “La derecha ante el cambio de ciclo”, *Estudios Públicos* 135 (2014), 175-202 (en adelante: DCC).

² Santiago: Ediciones UDP, 2014 (en adelante: DCB).

académicos y personas vinculadas a centros de pensamiento,³ destacan tres trabajos aparecidos en el último número de *Estudios Públicos*, cuyos autores reaccionan a algunos de los planteamientos contenidos en ambos textos, pero además agregan sugerencias para la superación de la crisis de la derecha. El interés de los comentarios es, así, doble. Me ha parecido pertinente volver sobre ellos y discutir algunas de sus afirmaciones. De ese intercambio, entiendo, puede ganarse alguna claridad respecto de la situación ideológica de la derecha chilena y de la actividad de comprensión política que se le exige.

2. LA CRISIS INTELECTUAL DE LA DERECHA

Mi diagnóstico es que la derecha se encuentra en una crisis intelectual, la que caracterizo como la ausencia allí de un pensamiento político apto para contribuir a realizar una comprensión iluminadora de la situación actual. Esa crisis se expresa en la ausencia de la derecha en los grandes debates políticos, en los foros libres, en las organizaciones sociales; también en la incapacidad de incorporar las políticas públicas que asume dentro de un discurso sofisticado en un grado que las dote de justificación suficiente.

Si bien ya durante el gobierno de Sebastián Piñera se hablaba de “falta de relato”, la indicación genérica carecía todavía de precisión. En este sentido, en el libro y el artículo me detengo, justamente, en analizar el fenómeno, intentando determinar con alguna exactitud el nivel en el que opera: se trata de un problema, en definitiva, de comprensión política. No parece existir un pensamiento lo suficientemente diferenciado en la derecha como para elucidar e interpretar la situación del país y ofrecerle salida, mostrando caminos de sentido. Además de un análisis de la

³ Además de las columnas de Joaquín Fernandois, Pablo Ortúzar, Axel Kaiser, José Francisco García y Juan Luis Ossa, incluidas en un reportaje más extenso en *Artes y Letras* de *El Mercurio* (12/4/2015), ver Juan Ignacio Brito, “Oportuno y necesario”, *La Tercera* (12/2/2015); Manfred Svensson, “Pluralismo en la derecha”, *ChileB* (4/3/2015); Joaquín Castillo, “La derecha contra sí misma”, *Pulso* (9/3/2015); Francisco Javier Valdés, “Haz todo, haz nada: ‘La derecha en la Crisis del Bicentenario’”, *El Mostrador* (9/3/2015); Rafael Simian, “Herrera y ‘La derecha en la Crisis del Bicentenario’”, *El Mostrador* (11/3/2015); Cristóbal Bellolio, “Un manual para salir del pozo”, *Capital* (20/3/2015); Diego Schalper, “La pataleta intelectual de Herrera”, *El Mostrador* (8/4/2015); Valentina Verbal, “La crisis de la derecha según Hugo Herrera”, *El Dinamo* (13/4/2015).

estructura de la comprensión política y de cómo el pensamiento político es requerido por ella, en el libro expongo las que podrían ser las bases para un tal pensamiento de derecha, apto para llevar a cabo la mentada comprensión política de la situación.

La actual crisis de la derecha tiene lugar en un contexto de cambio. La situación se está alterando. En el país se observan desplazamientos o modificaciones más bien fundamentales, los cuales tienen influencia innegable en la vida política y el debate público chileno. He destacado la acentuación del centralismo, la oligopolización y la disminución de la eficiencia agregada en la economía, la pérdida de legitimidad de la clase política, la atenuación del miedo, la flexibilización relativa de los ejes políticos del pasado reciente, una mayor distribución del poder del conocimiento, un empobrecimiento espiritual en grupos sociales importantes.⁴ Agregaría separadamente ahora: la irrupción de una clase media que pasó de ser alrededor de un veinte por ciento en 1990 a acercarse hoy a la mitad de la población.⁵ Estas alteraciones diferencian la situación actual respecto de la dictadura y la transición, y someten a la institucionalidad a presiones importantes, reveladas en la reactivación de los movimientos sociales, la polarización del debate y estudios de opinión que apuntan a un distanciamiento entre el pueblo y esa institucionalidad.

En este nuevo contexto en el que se encuentra el país, la derecha no ha logrado articular una comprensión política pertinente. Ella cuenta con profesionales y técnicos competentes, también con un acervo destacable de conocimientos económicos, pero carece, en cambio, de un pensamiento específicamente político, que la deje en posición de hacer una interpretación adecuada y más completa de la situación, y dotar sus opiniones de justificaciones suficientes. Entonces realiza una combinación que termina volviéndola poco eficaz en la discusión nacional. De un lado, tiende al puntillismo ejecutivo (cuando ha sido gobierno) y la escaramuza parlamentaria. Del otro, cuando la carga teórica del debate aumenta, ella suple la ausencia de un discurso político complejo o bien

⁴ Para más detalle, DCB, cap. 1.

⁵ En 2009 la clase media era más del 42 por ciento de la población en Chile; ver Francisco H. G. Ferreira, Julián Messina, Jamele Rigolini, Luis López-Calva, María Lugo y Renos Vakis, *La movilidad económica y el crecimiento de la clase media en América Latina* (Washington DC: Banco Mundial, 2012), 148.

con simples alusiones a vagos ideales (“la libertad”, se dice, por ejemplo, y la libertad da casi para todo), o bien repite ideas que, nacidas en plena Guerra Fría, vuelven difícil para la derecha hacer una elucidación diferenciada y orientadora de la situación, toda vez que el contexto es fundamentalmente distinto.

3. COMPRENDER POLÍTICAMENTE

El problema ante el que se encuentra la derecha, en último término, es de carácter hermenéutico. Éste puede ser descrito como sigue: la carencia de un discurso sofisticado y atingente ha determinado que ese sector haya devenido incapaz de desarrollar una comprensión específicamente política del tiempo presente.

Toda comprensión política está afectada por una tensión fundamental entre dos aspectos irreductiblemente involucrados en su actividad. La comprensión abarca una situación que es infinitamente singular, irrepetible, compleja. Esa comprensión se realiza, empero, de acuerdo a unas reglas y conceptos generales —un discurso—, a partir de los cuales se pretende hacer luz en el caso o situación y organizarlo en una totalidad de sentido. La generalidad de la regla se encuentra siempre en tensión con la particularidad y singularidad del caso.

La comprensión política exige atender tanto a la situación cuanto a las ideas. Esta tensión entre el caso y la regla hace que la comprensión política se mueva entre dos polos o extremos y un “aristotélico” medio virtuoso. En un extremo cabe hablar de una reducción mecánica de la singularidad y diversidad de la situación, de la peculiaridad del caso, según unas reglas preconcebidas. El exceso de abstracción, la inclinación descuidada hacia las ideas, que soslaya la atención a las circunstancias, importa el riesgo de subsumir la complejidad de lo real bajo un discurso que termina desconociéndola. En esta reducción se trata injusta, inadecuada, incluso violentamente a la peculiaridad de la situación y a los individuos que se ubican en ella. En tal extremo cae el político excesivamente ideologizado, que aplica su programa sin atender suficientemente a las particularidades del caso y los seres humanos que serán afectados por su decisión. El otro extremo es el de la contemplación puramente pasiva, estética, que se obnubila extasiada ante la infinitud insondable de lo real. La situación se divisa tan compleja o inabarcable,

que no se sabe qué hacer con ella, cómo llevarla a una comprensión capaz de decir algo con sentido a su respecto y orientarla. En este segundo extremo cae el político que, agobiado por las incalculables consecuencias de su decisión, no se atreve a adoptarla y permanece taciturno, paralizado frente a la inabordable existencia.

La comprensión propiamente política se halla entre ambos extremos. Se le demanda adoptar una decisión, es decir, que en un momento determinado se suspenda la contemplación y la deliberación y se escoja una de las posibilidades de acción a la vista. Y se encuentra, además, siempre bajo el reclamo de la justicia, de tratar el caso de manera adecuada, proporcionada, no reduccionista. Vale decir, se requiere no sólo una teoría que elucide la situación, de tal suerte que en ella se logre orientación, sino que también una especial apertura a la realidad, una cercanía con ella, a partir de la cual se alcanza a saber de lo que allí efectivamente se trata.

Lograr una comprensión que sea, a la vez, capaz de decisión y abierta a la diversidad de la realidad es un desafío al que están persistentemente sometidas las élites intelectuales y políticas, bajo la premisa de que la prosperidad y supervivencia de las democracias republicanas penden de la capacidad de sus conductores de articular efectivamente la insondable y diversa voluntad popular en una decisión fundada en relatos suficientemente complejos. De la capacidad de orientar realmente la voluntad del pueblo según comprensiones plenas de sentido depende la legitimidad de aquéllas.⁶

4. BASES PARA UNA EVENTUAL SALIDA

En *La derecha en la Crisis del Bicentenario* (DCB), junto con plantear el problema de que la derecha carece de un pensamiento político lo suficientemente denso y sofisticado como para realizar una comprensión de la situación presente, intento mostrar los principios de un camino de salida. Para tal efecto, acudo a la historia y a autores de la derecha chilena. Es un camino que, como indico, debe ser complementado con la reflexión y la crítica, y el recurso a otras fuentes, incluidos los clásicos del pensamiento político. Reparo, además, en la necesidad de desplegar una

⁶ Todo esto se encuentra más desarrollado en DCB, especialmente 49-76.

atención mayor que la evidenciada por la derecha actual a la situación nacional y sus múltiples circunstancias.

Advirtiendo que resulta muy difícil, si no imposible, definir algo así como una “esencia” de la derecha, debido especialmente al dinamismo y la polisemia de los conceptos “derecha” e “izquierda”, propongo una caracterización de la derecha chilena a partir de sus tradiciones intelectuales. Ellas le dan entidad y arraigo, así como una base intelectual más compleja que lo que exhibe el pasado más reciente. Identifico cuatro tradiciones: un pensamiento cristiano y liberal, uno cristiano social, otro nacional-popular y uno liberal y laico. Para los cuatro menciono autores y casos políticos. Propongo acudir a esas tradiciones y revitalizarlas críticamente, como manera de recomponer un pensamiento a la altura del tiempo presente y estimular una discusión que resulta necesaria para articular una comprensión política pertinente. Indico, en fin, algunos resultados que cabría esperar de la reconstitución del tejido intelectual y la renovación de la actividad comprensiva en la derecha (DCB, 125-132).

Algunos aspectos de ese esfuerzo —de crítica y propuesta— son abordados en los comentarios al libro y al artículo que le dio origen, que han publicado los profesores Fernandois, Colodro y Cristi en el número 138 de *Estudios Públicos*. En los tres, como he dicho, se contienen propuestas interesantes que apuntan a complementar el diagnóstico y el camino de salida que he planteado. Renato Cristi aboga por vincular a la derecha con el ideario del republicanismo. Max Colodro indica que una renovación de la derecha sólo será posible si ella se involucra en un nuevo tipo de praxis. Y Joaquín Fernandois recapitula su definición —lo digo preliminarmente: conservadora— de derecha y propone modos de acción en consecuencia. En el momento actual, cuando la derecha como sector político se ve enfrentada al desafío de actualizar su discurso, reflexionar sobre los tres artículos de marras puede ser relevante.

5. JOAQUÍN FERNANDOIS: “INDIGENCIA DE IDEAS: LA DERECHA EN CHILE”

En su comentario, Joaquín Fernandois, apoyándose en publicaciones suyas aparecidas entre los años 1995 y 2000, formula un criterio de distinción entre derecha e izquierda, así como una caracterización de aquélla, de la que cabe inferir modos de acción, lo que llama “una

estrategia de ideas para la derecha”.⁷ La propuesta es muy pertinente en varios de sus aspectos. Fernandois está atento a la experiencia y sus límites, a la relevancia de las espontaneidades sociales, al significado de los “cuerpos intermedios” para la libertad, al valor existencial del Estado (171-172).

Me parece, sin embargo, que, más allá de sus méritos específicos, hay un problema en la base sobre la cual la propuesta descansa. El entendimiento de la derecha que emerge del artículo de Fernandois es, a todas luces, mucho más sofisticado que el que usualmente se tiene de ella, pero acusa un énfasis que lo vuelve inadecuado. Puede llamársele naturalizante.

La derecha surge en el texto comentado como una realidad “estructural”, ella “nunca va a escapar de su origen” (169). Esa realidad está anclada en un dualismo antropológico (165-166 y el epígrafe de Levi-Strauss, 149). Si la izquierda se vincula a una inclinación transformadora y crítica que emerge en torno al siglo XVIII, la derecha queda atada a una actitud que no renuncia a la razón y la crítica, pero es conservadora, asume que la realidad “tiene su razón de ser” (165).

La derecha, así fijada, posee “dos almas”: una específicamente conservadora, otra liberal (170). La primera es “más escéptica acerca del constructivismo moderno, y más atenta al valor escondido de la herencia tradicional, aunque deba renovarse sin cesar” (170). La otra se liga “al concepto de libertad, aunque no se agota en él” (170). El liberalismo puede volverse intolerante respecto de los intolerantes, y alguna derecha liberal ha estado dispuesta a abandonar la libertad política en aras de la libertad económica (170-171). Lo que predomina, empero, es la unidad del fenómeno: “ninguna” de las almas “puede faltar por completo” (170). En tal caso, el fenómeno se pierde de vista, la derecha se disuelve.

Fernandois agrega que “no existe ni puede existir un cuerpo de ideas coherente que alimente a la derecha” (169). La realidad del sector es resistente al pensamiento. Cabe pensar, entonces, que si toda o parte de la derecha comienza a ser nutrida por conjuntos más o menos coherentes de ideas (la coherencia completa es siempre mera idea regulativa aquí), nuevamente la derecha se disuelve.

⁷ Joaquín Fernandois, “Indigencia de ideas: La derecha en Chile”, *Estudios Públicos* 138 (2015): 171. En adelante, se citará el artículo sólo con su número de página entre paréntesis.

La operación de naturalización parece adquirir, por instantes, un tono marcadamente idiosincrático. Cuando Fermeadois defiende ciertos modos de oligopolio (159), cuando llama a extremar el cuidado en el empleo del “concepto de oligarquía” (“se le debe tratar con pinzas”, 158), cuando liga a la derecha con “los sectores más altos” (169), puede uno preguntarse si la naturalización no implica dejar atada excesivamente a la derecha a intereses económicos y de clase.

La inclinación naturalizante que se advierte en el artículo se enfrenta a dificultades teóricas y prácticas.

Aunque quepa admitir la influencia de aspectos antropológicos en su configuración, derecha e izquierda son conjuntos amplios de ideas, actitudes e intereses, de carácter fundamentalmente cultural, inmersos en procesos de discusión colectiva afectados por la historia, incluidas sus tradiciones, pero también su irreductible novedad, de tal suerte que la dinámica política puede ir adquiriendo direcciones imprevisibles. Esto no es algo que estén dispuestos a admitir usualmente los ciudadanos, mas es una circunstancia en la que el pensamiento político sí ha de reparar.

La descripción del surgimiento de la derecha que hace Fermeadois pone a prueba su propia conceptualización. Quienes primero cuestionan las bases del orden tradicional son autores liberales, y el cuestionamiento coincide, para Fermeadois, con “el nacimiento de la izquierda” (165). ¿Debemos, entonces, situar en la izquierda a quienes reivindicaron y reivindican los comienzos del proceso emancipatorio que dio origen al republicanismo moderno? Los excesos de constructivismo o pasivismo son, ciertamente, criticables en sí mismos, pero no facultan todavía para desconocer, por medio de definiciones, los respectivos vínculos de uno u otro tipo de pensamiento con un sector político. Hay quienes en la izquierda admiten que la realidad “tiene su razón de ser” (165), y hay en la derecha pesimistas que lo niegan. ¿Ha de sacárseles, respectivamente, de un lado y otro? Fermeadois da a entender que sí. Cuando, por ejemplo, los liberales exploran su veta constructivista, ellos ya “no serían liberales de derecha” (172).

La afirmación de una distancia entre la derecha y un eventual “cuerpo de ideas coherente” que la nutra vale, quizás, para momentos determinados, pero no para la derecha pura y simple. Incluso si se descartan las inclinaciones constructivistas, y por coherencia se considera

una exigencia razonable de sistematicidad, existen articulaciones teóricamente sofisticadas del liberalismo, o aun del pensamiento romántico, que permiten hablar de cuerpos de ideas coherentes a partir de los que la derecha se ha nutrido o puede nutrirse.

La conceptualización de la derecha y la izquierda que hace Fermandois es problemática en un sentido práctico. Al definir a la derecha de modo “estructural”, al ligarla a actitudes fundadas antropológicamente, al vincularla a dos tendencias específicas que deben existir en ella, al distanciarla de conjuntos de ideas coherentes y relacionarla —aunque matizadamente, de todos modos— con intereses de clase, Fermandois limita, quizás demasiado severamente, las posibilidades de sumir a la derecha en procesos reflexivos de alcance. En su concepción, los aspectos heterónomos operan restringiendo el campo legítimo de la espontaneidad de tales procesos reflexivos. No cabe ya pensar, por ejemplo, en una derecha más crítica del *statu quo* que la propia izquierda, ni en una que soslaye el “alma” liberal o conservadora, ni que se tome en serio las tareas de desplegar un pensamiento político coherente en grados más altos que los de la yuxtaposición, ni que pretenda emanciparse, diferenciadamente pero con decisión, de ataduras de clase. Puesta, sin mayores clarificaciones, frente al momento actual, la conceptualización de Fermandois puede llegar a parecer difícilmente compatible con los intentos de reconstituir un pensamiento lo suficientemente complejo, desligado de atavismos e intereses adquiridos en un grado requerido como para darle a la derecha un talante y una visión específicamente políticos.

Creo que la consideración del problema habría ganado en pertinencia si Fermandois hubiese reparado en un asunto que abordo en el libro con bastante detención, que no le es completamente extraño, pero que en su comentario omite. Se trata, precisamente, del tema de la comprensión política (DCB, 12-16, 45-46, 49-56, 74-76, 125-132 y otras). Ésta es la cuestión central de mi libro, de eso se trata y, en este sentido, su omisión en su reseña es llamativa.

Dado su problema central, el libro no puede ser “de batalla”, ni tratarse, “en lo básico, de lamentar la anomia intelectual de la clase política de derecha y su dificultad en expresar metas estratégicas e ideas iluminadoras y convincentes acerca de sus objetivos” (151, 153). Hay algo más: un planteamiento sobre las bases para una comprensión política de

la situación. Este foco es el que explica la decisión de prestarle menor atención a la historia fáctica de la derecha (DCB, 117), tema interesante pero más propio de otro tipo de estudio.⁸

Es ese asunto central del ensayo el que me obliga a acudir a autores diversos, que no sólo comparten “temas comunes” (154), sino una hermenéutica filosófica y política en la que se repara, con detención y novedad, en el problema comprensivo. Considerarla, a ella y al fenómeno que estudia, termina resultando muy relevante. Ante una consciencia despierta respecto del proceso comprensivo y sus implicancias, se vuelve, justamente, cuestionable de forma severa la naturalización de la derecha y la izquierda. La comprensión siempre es de situaciones únicas y nuevas. Frente a esas situaciones, y como muestran plausiblemente Gadamer, Derrida o Schmitt, las ideas no permanecen inalterables, sino que modifican su sentido; han de modificarlo, si no se quiere caer en los excesos del reduccionismo ya comentado.⁹ Los sentimientos y posiciones de partida se incorporan también en el proceso y entonces puede ocurrir que un sector político cambie, incluso, en algunos aspectos, radicalmente, en la precisa medida en que su consciencia política se ve exigida por las diversas tomas de posición comprensiva ante las siempre nuevas circunstancias. Es lo que, de hecho, le está pasando a nuestra derecha, si se atiende a su actual ebullición (relativa, por cierto, y evidente con mayor fuerza en sectores más jóvenes que en la “vieja guardia”, pero real): partidaria en su momento de una comprensión afín a la dictadura y a un economicismo neoliberal, hoy cae en la cuenta, crecientemente, de sus excesos y se percata de la inadecuación del discurso que ha portado y de algunos de los intereses y atavismos que encarna.

Esa atención del libro a lo que cabría llamar la hermenéutica política permite, creo, explicar la diferente aproximación que tenemos con Fermeadois al asunto de la oligarquía. Hemos leído que él exige que se trate “con pinzas” el concepto (158), al que aludo —dice— “vagamen-

⁸ Esta historia fáctica de la derecha incluye, como bien indica Fermeadois, entre otros aspectos, el detalle de su “trayectoria electoral”, la “fuerza o debilidad de la que ha gozado en el sistema político”, la “base social de sus componentes” y “de su electorado” (153).

⁹ Ver Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil* (Múnich: Beck, 2009), 28, 32, 35; Jacques Derrida, “Force de loi: Le ‘fondement mystique de l’autorité’”, *Cardozo Law Review* 11 (1990): 948, 960, 970; Hans-Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode, Gesammelte Werke* vol. I (Tübingen: Mohr Siebeck, 1990), 313 ss.

te” (159). En el libro me encargo de distinguir entre élite y oligarquía, según un criterio que no puedo sino tener siempre a la vista, a saber, el de la capacidad de comprensión política. La oligarquía no coincide simplemente con “los sectores altos” (169). Hay élite, hay oligarquía. La élite deviene oligárquica cuando pierde aptitud hermenéutica: cuando antepone “a los anhelos populares [...] los intereses de clase”; cuando “carece de la amplitud comprensiva suficiente como para incluir al país entero” (DCB, 27, 28). Aquí no estoy haciendo nada muy nuevo, sino empleando una caracterización usual en la filosofía y la teoría política desde Aristóteles.¹⁰

La tematización detenida de la cuestión de la comprensión política le hubiese probablemente exigido a Fermandois revisar su posición en lo que tiene de naturalizante, pues hay allí un criterio que permite colocar delante los intereses y sedimentaciones en su carácter de tales. La apertura a la situación, el esfuerzo por abarcarla, apropiándose, por cierto, de tradiciones de pensamiento y acción, pero realizando un ejercicio reflexivo y crítico, vinculado antes a los méritos de las justificaciones frente a contextos emergentes que a sedimentaciones y atavismos, es condición de un pensamiento político vivo, así como también de la espontaneidad mental que cabe exigir del mundo intelectual, y que lo vuelve, precisamente, capaz de fecundar la realidad. A algo así es a lo que Fermandois, por lo demás, parece aludir, cuando, en uno de los artículos suyos a los que remite en su reseña, indica: “habrá que señalar hacia un futuro cuyo sentido será elaborado a partir de herencias, pero cuya imagen final habrá que ir escogiendo en cada momento”.¹¹

6. RENATO CRISTI: “¿UNA DERECHA REPUBLICANA?”

Renato Cristi dirige su comentario al primer artículo que publiqué en *Estudios Públicos* (“La derecha ante el cambio de ciclo”, DCC). Cristi considera el tema central de mi reflexión, a saber, la cuestión de la comprensión política y las carencias de la derecha en este asunto,¹²

¹⁰ Ver Aristóteles, *Política*: III, 7, 1279b 5-10 y IV, 5-8.

¹¹ Joaquín Fermandois, “¿Qué futuro tiene la diada derecha-izquierda?”, *Estudios Públicos* 60 (1995): 349-374.

¹² Renato Cristi, “¿Una derecha republicana?”, *Estudios Públicos* 138 (2015): 217-18, de ahora en adelante citado sólo con número de página.

aunque cuando aborda en particular a los autores a los que me refiero lo hace de un modo que los vuelve difícilmente aprovechables para una actividad de comprensión política renovada en la derecha. Ése es, principalmente, mi punto de diferencia con él. En la parte final de su artículo, y puestos a la tarea de renovar el pensamiento de la derecha chilena, propone conducirla “por la senda republicana” (229). Del republicanismo, la derecha podría obtener orientaciones valiosas: el reconocimiento de la participación popular “en el autogobierno de la polis como un fin intrínseco” (229); del estatuto y valor específico de los “bienes comunitarios” (230); de la importancia de la dimensión social y política de la vida y la relevancia política y autorrealizativa de la propiedad (231); una comprensión de la subsidiariedad como principio que apunta al “empoderamiento democrático de los individuos” (232); consciencia sobre la exigencia de “revertir la fractura social que trajo consigo el neoliberalismo” expresada de manera patente en la fragmentación de la ciudad (233).

La sección propositiva del artículo es relevante y asimilable, hasta cierto punto, por grupos importantes de la derecha más reflexiva. Sin embargo, respecto de su comentario a mi referencia a Encina, Edwards y Guzmán, me parece necesario hacer algunas observaciones. Probablemente parte de nuestro desacuerdo se disuelva si soy más explícito en indicar que mis referencias a ellos no apuntan a rehabilitar los personajes en general ni aspectos idiosincráticos de sus pensamientos. De hecho, y como el propio Cristi lee, entiendo, por ejemplo, que la doctrina de Jaime Guzmán está superada, hasta cierto punto, precisamente desde la perspectiva del mismo autor (223), pues —aunque en esto no vamos a estar de acuerdo— Guzmán fue, antes que un intelectual, un político, el cual —como Cristi tiene que admitir— cambiaba, incluso radicalmente, sus posiciones —agrego yo— según fuesen variando los contextos. Sólo entonces pueden explicarse las incongruencias en los escritos de Guzmán que Cristi detecta (221), donde abandona viejos discursos y se pliega a nuevos, va del “corporativismo” al neoliberalismo (219-220) y su pensamiento se altera “en sus líneas esenciales” (220 n. 2). Así, el carlista joven deviene demócrata liberal en el tiempo de Allende y luego adhiere, entusiasta, a la dictadura, para apoyar las reformas constitucionales en 1989 y presentarse, ese año, de candidato a las elecciones y votar por Gabriel Valdés —y no por el candidato de

la derecha— para presidente del primer Senado. Nunca sabremos hacia dónde habría girado el inquieto político, pues fue asesinado recién a comienzos de la transición.

Lo que me interesa de Guzmán, para los efectos del artículo y luego del libro, antes que sus doctrinas —por lo demás, casi siempre de escaso nivel teórico y carentes de interés fuera de su contexto—, es su capacidad de comprensión política. Si el Guzmán ideólogo es poco relevante, el Guzmán político es de vuelo mayor. No me parece que sea mero oportunismo lo que explica sus giros, sino una combinación de aptitud prospectiva y una inquietud fundamental por resguardar la libertad del espíritu en medio de las dinámicas de poder seculares. Eso es casi lo único que Guzmán no cambia a lo largo de su periplo ideológico: su fe (y su miedo).¹³ El corporativista pensaba así, el defensor de la democracia liberal contra el marxismo, el partidario de Pinochet, el redactor de la Constitución y el senador por Santiago poniente.

Cristi sostiene que de Guzmán no se podría decir —como hago— que fue simplemente “un político inteligente, no un teórico”. Ésta sería “la defensa suya que esgrimen sus partidarios en la UDI” (221). Lo que uno nota en la UDI, en cambio, es algo más parecido a lo de Cristi que a lo mío: una lectura que lo entiende precisamente como teórico, la mente tras doctrinas perennes. Entre representantes de ese partido leemos: “El modelo de Jaime Guzmán no sólo sirve aún, sino que es plenamente capaz de dar respuesta integral a los actuales —y permanentes— dilemas políticos”.¹⁴ Coincidente con la gente de la UDI, Cristi considera que en Guzmán sí habría un “pensamiento político”, fundado en “claves conceptuales rigurosamente definidas” (221), a saber: “una denuncia del estatismo, parte esencial de una estrategia que intenta desacreditar al Estado social redistributivo; una concepción de la propiedad como un derecho real (*ius in rem*) que pone en jaque su función social; afirmación del principio de subsidiariedad en desmedro del principio de solidaridad [...]; redefinición de la idea republicana del bien común

¹³ No me parece posible atenuar este factor al punto en que lo hace Cristi. Ciertamente, la capacidad de influir en la disolución de la Dina evidencia un poder (222). Pero se trató, indudablemente, de una lucha de poderes, en la que le cabía a Guzmán temer por la propia integridad.

¹⁴ Carlos Frontaura y Claudio Arqueros, “Pensamiento de Jaime Guzmán”, *La Tercera* (18/9/2012); ver Gonzalo Rojas, “No se juega con Guzmán”, en el portal *viva-chile.cl*, 9/2012.

reduciéndolo, como enseña Hayek, a la suma de bienes individuales; y, en último término, el reconocimiento de la prioridad ontológica y de finalidad de los individuos con respecto a la sociedad” (222).¹⁵

Esta lectura presenta problemas. Las variaciones o alteraciones de “líneas esenciales” que exhibe el pensamiento de Guzmán son tan relevantes —como el mismo Cristi se ve obligado a admitir (ver lo ya dicho sobre las incongruencias y cambios)— que hacen imposible hablar de uno y el mismo pensamiento. ¿Cuál sería ése? ¿El corporativismo? ¿La defensa de Guzmán de un sistema donde los trabajadores participen en el control y las utilidades de la empresa? ¿El liberalismo económico, al que se pliega “más tarde”?

El “pensamiento político” de Guzmán que describe Cristi es un amasijo de doctrinas heterogéneas entre sí. Él mismo tiene que reconocer inconsistencias, incluso dentro de un mismo texto. Por ejemplo, al cristianismo se añade una concepción presuntamente atomista del bien común. Entonces habría que mostrar cómo ideas tan distintas se dejan incorporar en una teoría “de claves conceptuales rigurosamente definidas”. ¿Cabe seguir hablando de un “pensamiento político” o hay que reconocer, en cambio, que la yuxtaposición de doctrinas hábilmente asumidas y desechadas según las circunstancias y bajo el imperativo de la libertad del cristiano es lo que mejor caracteriza su actitud?

Cristi indica que yo hago una “defensa de Guzmán”, pero que me daría cuenta de que ella es “debatible”, por eso llegaría a “relativizar su legado intelectual y político”, cuando digo que sus ideas, atingentes en la Guerra Fría, no lo son ya hoy si se aplican “sin mayores aclaraciones y matizaciones”. Como cavilando, se pregunta: “¿Qué sentido podría tener entonces la defensa que monta Herrera de su pensamiento y actividad política?” Y responde: “Posiblemente la intención de Herrera es

¹⁵ En el texto de Cristi, Guzmán emerge como paradigma de anti-republicanismo (229). Debe matizarse la apreciación. Guzmán, como en muchas otras materias, también aquí cambió de posiciones. Si durante la UP admite, por ejemplo, la participación de los trabajadores en la conducción y utilidades de la empresa, y defiende la institucionalidad democrático-liberal, aquello cambia luego del Golpe. Entonces aparece nítidamente el anti-republicano. Un juicio justo respecto de la posición de Guzmán ha de reparar, empero, en las circunstancias extremas en las que se halla el país del Guzmán anti-republicano. Ni la “vía chilena al socialismo”, ni luego el FPMR son contertulios republicanos. Nada de esto alcanza a justificar, sin embargo, la actitud de Guzmán en materia de derechos humanos.

proteger lo esencial de su pensamiento” (223). Esta última afirmación es evidentemente incorrecta, pues ya he dicho que no existe algo así como “lo esencial” de su “pensamiento”, toda vez que no existe “el” pensamiento de Guzmán como conjunto coherente de doctrinas. Lo que defiende, entonces, no es el “pensamiento” de Guzmán, sino su actitud de apertura comprensiva y adaptación a las circunstancias diversas para proteger lo que consideraba fundamental: la libertad del espíritu. Sólo si Cristi me atribuye una lectura de Guzmán similar a la de él (antes como teórico que como —mero— político), tiene sentido su sorpresa ante lo que en verdad no debiera generarla: el reconocimiento de la actitud de quien cambia doctrinas según las circunstancias.

Aunque no me resulta posible dejar de valorar la contribución de Guzmán a la desaparición de la Dina, la crítica de Cristi al efectivo compromiso de él con el dolor de las víctimas de la dictadura me lleva a acercarme a esta parte de su lectura, por la siguiente razón: existen testimonios de que Guzmán ayudó a algunas víctimas de violaciones a los derechos humanos. Esa ayuda supone que sabía a ciencia cierta lo que estaba ocurriendo en las mazmorras del régimen. Ahora bien, si lo supo, ¿por qué no realizó una condena no sólo explícita, sino más persistente y enfática de tales sucesos? ¿Habría pensado, cual Tomás Moro, que era legítimo y practicable intentar conducir a la dictadura hacia cursos menos turbios desde su interior? ¿Puede, el agudo político, no haber advertido las dimensiones de lo que estaba ocurriendo y las dificultades de alterarlo? Estas interrogantes vienen a relativizar, por cierto, la tesis sobre la capacidad prospectiva de Guzmán.

Respecto de los comentarios de Cristi sobre mis referencias a Francisco Antonio Encina y Alberto Edwards, he de insistir en que tampoco me interesan esos autores pura y simplemente, en bloque, sino que los traje a colación para un fin determinado, que queda, por lo demás, bastante explícito tanto en el artículo como en el libro. Las referencias que hago a ellos no consideran sus acciones políticas en general, ni siquiera su pensamiento en forma global, menos aún sus peculiaridades idiosincráticas. Cristi mismo se percata de esto, en el caso de Encina (225). Creo que tanto éste como Edwards exhiben una capacidad destacable de combinar la penetración prospectiva en la situación concreta con ideas que permiten comprenderla iluminadoramente. Cristi, además de insistir, una vez más, en el autoritarismo de ambos, espeta que en ellos “la influencia de autores y circunstancias foráneas es tan marcada que

interfiere con lo que podría ser una ‘mirada cara a cara’ de la realidad concreta” (228). Sin embargo, “por sus frutos los conoceréis”, y esto es lo que considero valioso específicamente en mi reflexión: la identificación de lo que cabe designar la “mecánica” tras un proceso de desajuste político y el diagnóstico de la llamada “Crisis del Centenario” (expresada como “un malestar confuso y generalizado”, que da cuenta de “una especie de desequilibrio agudo entre las necesidades y los medios de satisfacerlas”)¹⁶, la consciencia respecto de los resortes sobre los que se asienta un régimen estable (no sólo lazos materiales, sino que también espirituales; una adecuación de la institucionalidad a las pulsiones y anhelos populares), la lucidez metodológica sobre los aspectos a tener en cuenta en una interpretación pertinente de la realidad (ver las referencias en DCC, 198), la participación de Encina en el debate educacional y su idea de la enseñanza como procedimiento y mediadora para dar cauce a inclinaciones populares hondas. Todas éstas son expresiones perennes de capacidad de comprensión política —omitidas por Cristi—, de las cuales la derecha actual, ensimismada en sus remedos de abstracciones de Guerra Fría, tendría mucho que aprender. Pero no sólo ella. Todos los sectores dirigentes en una “democracia republicana” (229) necesitan mantenerse atentos a las exigencias de la comprensión política, si quieren lograr sobreponerse a las mutaciones y demandas de contextos desafiantes y eventualmente conflictivos.

7. MAX COLODRO: “DE LA CRISIS AL FUTURO”

En su comentario, Max Colodro reconstruye sucinta y pertinentemente las diversas partes de mi libro, complementando su tesis central con una propuesta parcialmente distinta.¹⁷ Da Colodro con lo que llamaría el tema fundamental del texto, a saber, la cuestión de la comprensión política (178-179). Concuerta, asimismo, en parte, con el diagnóstico: habría un “desfase entre acción y discurso”, el cual, nos dice, “tiene a la derecha viviendo una severa crisis de posicionamiento y credibilidad” (185). Sin embargo, tanto o incluso más importante que

¹⁶ Francisco Antonio Encina, *Nuestra inferioridad económica* (Santiago: Universitaria, 1955), 177.

¹⁷ Max Colodro, “De la crisis al futuro”, *Estudios Públicos* 138 (2015), de aquí en adelante citado sólo con su número de página.

esta debilidad en el pensamiento de la derecha, lo sería una debilidad que Colodro sitúa en un nivel “más profundo”, y que tiene que ver con la actitud de la derecha, con su *ethos*, uno “que desde hace bastante tiempo ha impedido generar una mirada integral e integradora del conjunto de la nación” (185).

Esa actitud carga consigo y está afectada fundamentalmente por tres lastres. Porta la derecha un “complejo ético que se arrastra desde el régimen militar y que, por falta de una adecuada y profunda autocrítica respecto de su responsabilidad en las violaciones a los derechos humanos, hoy tiende a inhibir las convicciones con que la derecha hace sus planteamientos” (179-180). Además, en el sector existe una “resistencia cultural al cambio” y “atavismos de clase de su élite dirigente”. Todos ellos terminan limitando “severamente sus posibilidades de conexión con un mundo social más complejo y diverso” (180). Vale decir, el problema de la derecha, a juicio de Colodro, no es propiamente intelectual, podría decirse, sino moral.

De allí se sigue que el remedio a la crisis no tenga que ir por la vía del pensamiento, sino de la acción: la derecha ha de lograr “instalarse en ‘un hacer’ nuevo e inédito, que le permita adentrarse en otras realidades socioculturales del mundo contemporáneo” (187). Como se trata de instalarse en un hacer abierto al futuro, no tiene demasiada importancia “ir al pasado a rescatar tradiciones de pensamiento” (187). “Conocer y reconocer” la realidad política y social “no es contemplarla desde la distancia, al abrigo de tradiciones intelectuales o ideológicas; implica, simplemente, vivirla, ser parte de ella y de los desafíos individuales y colectivos que ésta supone” (188). Colodro complementa, pero también parece invertir mi propuesta. En el principio no es el Verbo, sino la acción. “La renovación de las ideas será —al final y más bien— el resultado de estas prácticas y no su principio; el fruto de un modo de conectarse con formas de vida y sentidos comunes inéditos, desde donde las ideas podrán reelaborarse en su dimensión propiamente política” (188).

Ciertamente Colodro tiene razón, cuando destaca la relevancia que en todo proceso de comprensión política posee la atención a la situación concreta. Cita un pasaje en el cual considero dicha atención (188). Conuerdo con él cuando indica que el cambio que requiere la derecha no es puramente discursivo. Sin embargo, me atrevería a indicar que él

establece una división por momentos excesiva entre el campo teórico y el práctico. La comprensión política es también un trabajo intelectual, aunque, como digo, no se trata de una labor desarraigada o puramente especulativa, sino, ante todo, de hacer luz y orientar prácticamente una situación cargada de sentido. O sea, teoría y praxis están inescindiblemente unidas. No hay, por lo mismo, una disyuntiva entre pasado y futuro. Se trata de ajustar una situación presente, elucidándola también con la ayuda de tradiciones de pensamiento, pero de tal suerte que no resulte mecánicamente subsumida, sino que se considere su novedad irreductible, su singularidad, su carácter único, y se le dé una orientación desplegable. Vale decir, la observación de Colodro es correcta, siempre y cuando no se entienda a la acción o la praxis aisladamente. Sin el apoyo del pensamiento político, la acción termina en el activismo. Lamentablemente, nuestra derecha, campeona de las políticas públicas pero muchas veces indiferente —cuando no hostil— respecto del pensamiento más sofisticado, acaba a menudo cayendo en ese extremo.

Algo parecido puede decirse de la indicación de Colodro relativa a que el problema de la derecha es más bien ético que intelectual. La falta de autocrítica o la insensibilidad en ella respecto de la dictadura, sus atavismos de clase, su desconfianza hacia el futuro son —como destaca— también cuestiones de actitud o éticas. Pero se trata de posiciones cuya conservación se vuelve quizás facilitada, precisamente, debido a la falta de reflexión sobre sus alcances, proceso en el cual el pensamiento político es fundamental. Además, ha de considerarse que una parte importante de lo que resulta criticable en la actitud ética de la derecha tiene que ver no con males espontáneos, sino con defectos en cuya aparición también influyeron elaboraciones doctrinarias. Elaboraciones poco sofisticadas, por cierto, pero que se expresan en dispositivos e instituciones, y en series de creencias más o menos coherentes que articulan a una parte hasta ahora dominante del sector. La superación de aquellos lastres actitudinales sólo puede realizarse si, junto a un acercamiento a la realidad, se lleva a cabo, y desde el inicio, una reflexión ilustrada por el pensamiento político acerca de las construcciones mentales que los facilitaron.

8. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LA COMPRENSIÓN

Las observaciones de los tres autores que estoy comentando me permiten volver sobre el problema de la comprensión política y perfilarlo de mejor manera. Esto, que he tratado de hacer en cada caso, lo planteo ahora conjuntamente, para concluir.

Ante una situación radicalmente distinta a la de la Guerra Fría, la derecha se halla frente a un desafío intelectual mayor: articular un pensamiento político lo suficientemente complejo como para comprender de manera adecuada esa situación y ofrecer caminos plenos de sentido. Dicha comprensión también pone al sector bajo la exigencia de penetrarse con la situación, atender cuidadosamente a ella, auscultarla prospectivamente. Entonces será posible, para la derecha, una comprensión política como algo distinto a una subsunción mecánica de la realidad bajo ideas impertinentes o la aproximación fragmentaria a tal realidad según una amalgama de retazos de discursos, políticas públicas y *marketing*. Tal comprensión, no obstante que requiere del pensamiento, es siempre de carácter teórico y práctico: ilumina una situación política para abrirle caminos de sentido por medio de decisiones. Ella es un momento imprescindible en el camino de liberación de intereses de clase y atavismos que ha de recorrer la derecha para acentuar su talante de sector eminentemente político. La exigible nueva comprensión se enfrentará, precisamente, a los atavismos e intereses señalados. Su fecundidad dependerá de la fidelidad de quienes la realicen —investigadores, pero fundamentalmente políticos—, antes que a tales atavismos e intereses, a los resultados de la consideración racional y la crítica, lo mismo que de la apertura atenta a la realidad. Las naturalizaciones, como las que, me parece, se advierten en el artículo de Fermeois, conspiran aquí contra un esfuerzo auténtico de renovación y dejan sus observaciones, la mayor parte de las veces elogiadas, puestas sobre una base que las hace perder potencial para una reflexión que no se conforme excesivamente con el *statu quo*. Todo esto no quiere decir que la comprensión política que ha de realizar la derecha tenga que desplegarse en una especie de vacío. Ya lo he dicho: no se trata de una especulación puramente teórica y desarraigada, sino de entender la situación nacional a partir de un pensamiento político, sin subsumirla ni abandonarla. Es menester atender a la realidad. En este sentido, el pensamiento político chileno, no obstante que usualmente menos denso filosóficamente que el de los

clásicos políticos universales, tiene la ventaja de guardar mayor cercanía respecto de la situación. Las obras de Encina, Galdames, Góngora o Edwards son ciertamente de menor envidia teórica que las de Hegel, Kant, Hobbes o Montesquieu. Cabe criticar muchos aspectos en aquellas que son, además, difícilmente compatibles con un republicanismo como aquél por el que aboga Renato Cristi. Pero, a diferencia de las obras de los clásicos de otras latitudes, las de nuestros autores son escritas, como decía Nicolás Palacios, por chilenos y “para los chilenos”. A objeto de lograr apreciar el potencial comprensivo de estos autores, me atrevería a recomendar un principio hermenéutico muy fructífero, que por lo demás solemos aplicárselo también a los clásicos (de lo contrario, los textos del Estagirita, por ejemplo, o incluso pasajes de otros autores más cercanos, nos aparecerían como aglomeraciones extrañas de saberes vetustos o afirmaciones inadmisibles para nuestras depuradas consciencias): separar —y esforzarnos por separar— lo idiosincrático de aquello que aún puede servirnos.

Hay un momento en el que el uso de la razón logra conectar con pensamientos iluminadores y descubrir, incluso respecto de la praxis. Entonces, en el descubrimiento que orienta, coincide la plenitud sabida con el abandono de lo que era sólo prejuicio o simple ideación constructiva. *EP*

DOCUMENTO

FUERZA Y COERCIÓN*

John Dewey

RESUMEN: Escrito en 1916 por uno de los filósofos estadounidenses más importantes del siglo XX, este breve ensayo, traducido al castellano por primera vez, distingue entre poder, fuerza coercitiva y violencia, y reflexiona, bajo una óptica pragmatista, sobre en qué casos el despliegue de la coerción sería justificable.

PALABRAS CLAVE: poder, fuerza legítima, coerción, libertad individual, violencia.

FORCE AND COERCION

ABSTRACT: *Written in 1916 by one of the most important American philosophers of the twentieth century, this brief essay, translated into Spanish for the first time, distinguishes between power, coercive force and violence, and reflects, under a pragmatist optic, on which cases the deployment of coercion would be justifiable.*

KEYWORDS: *power, legitimate force, coercion, individual freedom, violence.*

INTRODUCCIÓN

“**F**orce and Coercion” es el título de un breve ensayo de ética política publicado en 1916 por John Dewey (1859-1952), quien ha sido considerado como el filósofo estadounidense más importante de

* Traducción del texto “Force and Coercion” (1916), publicado originalmente en *International Journal of Ethics* 26, n.º 3, 359-367, revista editada por Chicago University Press. La traducción fue realizada por Pablo Beytía, profesor del Instituto de Sociología de la P. Universidad Católica de Chile.

la primera mitad del siglo XX.¹ Proveniente de la ciudad de Burlington y habitualmente conocido por sus escritos sobre educación, Dewey fue también uno de los fundadores del pragmatismo, un particular “modo de pensamiento”² o “medio de discurso”³ que se basa en la máxima sostenida en 1878 por Charles Sanders Peirce: “Considerad qué efectos, que podrían concebiblemente tener repercusiones prácticas, concebimos que tiene el objeto concebido. Entonces, nuestra concepción de estos efectos es toda nuestra concepción del objeto”.⁴ Siguiendo este principio, el modo de razonamiento pragmatista pretende esclarecer las diferencias entre conceptos, además de proporcionar un criterio para distinguir los cuestionamientos metafísicos relevantes de aquellos que no valen la pena. Tal como observó William James: “Si ninguna consecuencia práctica puede ser trazada al distinguir entre una u otra [cosa], entonces la disputa es ociosa”.⁵

El pragmatismo habitualmente no es considerado como una doctrina o escuela de pensamiento bien definida. Sin embargo, sus fundadores —Peirce, James, Dewey y Mead, entre otros— compartieron al menos dos ideas básicas. En primer lugar, una *postura epistemológica*: no creyeron que fuera posible separar tajantemente la realidad del sistema conceptual con que ella es observada. Los conceptos, de este modo, son entendidos como herramientas creadas por los seres humanos para habitar el mundo y, por tanto, como elementos que se adaptan a las circunstancias variables.⁶ En segundo lugar, compartieron la *comprensión de la acción humana como un ejercicio de libertad situada*, es decir, como una manifestación creativa, en donde las circunstancias van cuestionan-

¹ Robert Westbrook, “John Dewey”, *Perspectivas. Revista Trimestral de Educación Comparada* XXIII, n.º 1-2 (1993): 289.

² Hilary Putnam, *Pragmatism: An Open Question* (Oxford: Blackwell, 1995), xi.

³ Hans Joas, *El pragmatismo y la teoría de la sociedad* (Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 1998), 2.

⁴ Charles Sanders Peirce, *Writings of Charles S. Peirce: A Chronological Edition* (Bloomington: Indiana University Press, 1982), 266. Traducido y citado por Roberto Torretti en “¿Cómo entiendo el pragmatismo?”, *Estudios Públicos* 132 (2013): 4.

⁵ Citado por Carlos Peña, “James, Peirce y el club de los pragmáticos”, en *Ideas de perfil* (Santiago: Hueders, 2015), 474.

⁶ Lois Menand, *The Metaphysical Club: A Story of Ideas in America* (New York: Farrar, Straus & Goroux, 2002).

do a las personas para que encuentren sus caminos prácticos. A ojos del pragmatismo tradicional, “los actores se plantean problemas, lo quieran o no, cuya solución no viene dada, sin embargo, inequívocamente y de antemano, por la propia realidad, sino que exige creatividad y trae al mundo algo objetivamente nuevo”.⁷

En este artículo —traducido por primera vez al castellano y casi un siglo después de su publicación original—, John Dewey aplica el razonamiento pragmatista para indagar en la justificación del uso de la fuerza pública. En un contexto internacional afectado enormemente por la Primera Guerra Mundial, su indagación parte de una premisa realista: todo acto del Estado debe usar la fuerza para el logro de fines. Aclarado esto, el artículo se centra en discutir cuándo dicha fuerza sería ocupada de manera adecuada. Para responder esto, Dewey desarrolla una ética consecuencialista,⁸ sosteniendo que la solución correcta no puede encontrarse en máximas abstractas y precedentes, con pretensiones de validez universal, sino que en la ponderación de repercusiones en situaciones concretas. En dichas circunstancias —argumenta el filósofo—, sería adecuada la utilización de la fuerza sólo en el caso de que fuera el medio más eficiente para el logro de los fines deseados.

Esta idea no implica, según Dewey, una fácil validación de la fuerza estatal. El filósofo sostiene que la ley suele ser más eficiente que la coerción para el logro de los resultados deseados, pero también cree que hay derechos que fomentan el uso dilapidador de medios. Ante ello, sugiere que el criterio de la eficiencia no sólo es útil para guiar la implementación de la fuerza pública, sino que también para discernir sobre la expansión o reducción de los derechos individuales. Al desarrollar esta idea, Dewey equipara los derechos con los poderes o libertades del individuo, lo cual suscitó la célebre crítica de Friedrich von Hayek.⁹ Según el economista austríaco, la propuesta de Dewey contribuye a confundir el concepto de libertad —que desde la tradición liberal refiere a la au-

⁷ Joas, *El pragmatismo*, 4.

⁸ Es decir, aquella que evalúa lo correcto de un acto a partir de sus consecuencias. Tradicionalmente se contrapone a la ética deontológica —aquella que califica como buenos o malos ciertos comportamientos según su correspondencia con principios abstractos y generales—. El más célebre ejemplo de una ética consecuencialista es el utilitarismo.

⁹ Friedrich von Hayek, *Los fundamentos de la libertad* (Madrid: Unión Editorial, 1998), cap. 1, sección 4 y 5. Véase especialmente la nota 22 de ese capítulo.

sencia de coacción— con el de poder —entendido como capacidad para realizar fines—, y este “escamoteo espantoso” daría origen a una ambigüedad políticamente peligrosa. A pesar de esta crítica, en los últimos años la interpretación de la libertad como poder ha tenido importantes desarrollos teóricos —como los de Zygmunt Bauman¹⁰ y Amartya Sen¹¹—, que podrían ser discutidos y enriquecidos con algunos argumentos rescatados en este manuscrito.

Pablo Beytía

FUERZA Y COERCIÓN (1916)

Las perplejidades empíricas que atienden a la pregunta sobre la relación entre fuerza y ley son muchas y genuinas. La guerra nos trae a casa no sólo la pregunta por el vínculo entre fuerza y ley internacional, sino también sobre el lugar de la fuerza en la economía de la vida y el progreso humanos. ¿Hasta qué punto es la organización de la fuerza, en las múltiples formas requeridas para la realización exitosa de la guerra moderna, una prueba adecuada del funcionamiento de una organización social? Desde otro ángulo, la reforma de nuestra ley criminal y nuestros métodos penales nos compelen a considerar el significado de la fuerza. ¿Están en lo cierto los tolstoianos cuando sostienen que el Estado en sí mismo representa el gran ejemplo de violencia y proporciona la prueba de los males resultantes de la violencia? O desde el otro lado, ¿no es la esencia de toda ley la coerción? En el ámbito industrial, los accionistas directos nos llevan a preguntar si la manifestación de la fuerza, amenazante y velada cuando no evidente, no es, después de todo, el único método eficaz para lograr algún cambio social de envergadura. Mientras asistimos a huelgas, ¿no nos muestra habitualmente el fenómeno que las formas legales ordinarias son sólo un tipo de cortina cortésmente corrida sobre los conflictos de fuerza que por sí solos son decisivos? ¿Son, en efecto, nuestras promulgaciones legislativas algo más que registros de resultados de batallas previamente luchadas en el campo de la re-

¹⁰ Zygmunt Bauman, *Libertad* (Buenos Aires: Losada, 2007).

¹¹ Amartya Sen, *Desarrollo y libertad* (Barcelona: Planeta, 2000).

sistencia humana? En muchos campos sociales, los reformadores están luchando actualmente por una extensión de la actividad gubernamental por la vía de la supervisión y regulación. ¿No resulta siempre, dicha acción, un esfuerzo por extender el ejercicio de la fuerza por parte de algún sector de la sociedad, con la correspondiente restricción de las fuerzas empleadas por otros? A pesar de que el pensamiento político de los siglos XVII y XVIII esté pasado de moda, ¿no fueron los pensadores de ese período más lúcidos que nosotros en el reconocimiento de que todos los asuntos políticos son simplemente asuntos sobre la extensión y restricción del ejercicio del poder en el sector de grupos específicos de la comunidad? La reciente introducción de una terminología idealista sobre la voluntad moral y común, sobre personalidades jurídicas y morales, ¿ha hecho algo más que confundir nuestras mentes sobre el difícil hecho de que todas nuestras preguntas sociales conciernen en el fondo a la posesión y el uso de la fuerza; y el hecho igualmente difícil de que nuestros arreglos políticos y legales no son más que disposiciones de fuerza para hacer más seguras las otras formas de su uso cotidiano?

Al abordar los escritos de los teóricos no es fácil persuadirse a sí mismo de que ellos están marcados por mucha consistencia. Con unas pocas excepciones notables, la doctrina de que el Estado descansa sobre o es la voluntad común no parece resultar sino una pieza de fraseología para justificar los usos de fuerza realmente efectuados. Las prácticas de coerción y constreñimiento, que serían intolerables si fueran etiquetadas francamente como “fuerza”, parecen convertirse en loables cuando son bautizadas con el nombre de “voluntad”, aunque ellas de otra manera permanecen siendo lo mismo. O, si esta afirmación fuera extrema, parece haber pocas dudas de que la capacidad real del Estado para traer fuerza para resistir es lo que ha impresionado más a los teóricos, y que lo que ellos persiguen es algún principio teórico para justificar el ejercicio de la fuerza; de modo que, en un gran número de casos, términos tales como voluntad común, voluntad suprema, moral suprema o personalidad jurídica son frases elogiosas recurridas en beneficio de dicha justificación. La única cosa que claramente resalta es que el uso de la fuerza es sentido como algo que requiere explicación y aprobación. Hacer de la fuerza en sí misma el principio último es sentido como lo mismo que proclamar la anarquía e invitar a los hombres a resolver todas sus dificultades recurriendo a la lucha para ver quién es el más fuerte. Y,

sin embargo, cada estudiante de política está profundamente convencido, yo supongo, de que en el fondo cada lucha política es una lucha por control, por poder.

Aunque he planteado grandes preguntas, no es mi ambición contestarlas. He esbozado solamente un gran escenario hacia el cual moverse en cuanto a algunas figuras bastante menores. En primer lugar, algo puede hacerse aclarando ciertas ideas que entran en la discusión. Pienso que sería provechoso que distingamos las tres concepciones de “poder o energía”, “fuerza coercitiva” y “violencia”. Poder o energía es o bien un término neutral o uno elogioso. Denota medios efectivos de operación; habilidad o capacidad para ejecutar, para realizar fines. Se concede que un fin vale la pena, y el poder o energía se convierte en un término elogioso. No significa nada más que la suma de condiciones disponibles para traer a la existencia el fin deseable. Cualquier teoría política o legal que no tenga nada que ver con el poder, basándose en el argumento de que todo poder es fuerza y toda fuerza brutal y amoral, está obviamente condenada a una moralidad soñadora, puramente sentimental. El poder es la fuerza gracias a la cual excavamos trenes subterráneos y construimos puentes y viajamos y producimos; es la fuerza utilizada en la argumentación oral o en un libro publicado. No utilizar la fuerza ni depender de ella es simplemente no apoyar los pies en el mundo real.

La energía se convierte en violencia cuando derrota o frustra el propósito en vez de ejecutarlo o realizarlo. Cuando la carga de dinamita explota a seres humanos en vez de rocas, cuando su resultado es desperdicio en vez de producción, destrucción en vez de construcción, no la llamamos energía o poder, sino violencia. La fuerza coercitiva ocupa, podemos decir adecuadamente, un lugar intermedio entre el poder como energía y el poder como violencia. Doblar a la derecha en un incidente de tránsito es un caso de poder; de medios desplegados en beneficio de un fin. Andar frenéticamente en la calle es un caso de violencia. Usar energía para hacer que un hombre observe la norma del tránsito es un caso de fuerza coercitiva. Inmediatamente, o con respecto a las actividades de ese hombre, es un caso de violencia; indirectamente, cuando es ejercida para asegurar los medios necesarios para la realización exitosa de fines, es un caso de uso constructivo del poder. El constreñimiento o coerción, en otras palabras, es un incidente de una situación bajo ciertas condiciones —a saber, donde los medios para la realización

de un fin no están naturalmente a la mano, por lo que la energía tiene que ser gastada en orden a convertir el poder en un medio para el fin buscado—.

Si formulamos el resultado, tenemos algo de este tipo. La ley es una declaración de las condiciones de organización de las energías que, cuando no están organizadas, entran en conflicto y dan paso a la violencia —es decir, destrucción o desperdicio—. No podemos sustituir la razón por la fuerza, pero la fuerza deviene racional cuando es un factor organizado en una actividad, en lugar de operar de manera aislada o por su propia cuenta. En aras de la brevedad, aquí me referiré a la organización de la fuerza como “eficiencia”, pero ruego que se recuerde que el uso del término siempre implica un conflicto actual o potencial, además del desperdicio resultante en la ausencia de algún esquema para distribuir la energía involucrada.

Se objetará que estas generalidades son inocuas y carecen de sentido. Así lo son en abstracto. Permítaseme tomar la cuestión de la justificación de la fuerza en una huelga. No pretendo, por supuesto, que lo ya mencionado nos diga si el uso de la fuerza es justificado o no. Pero sostengo que sí sugiere el modo de descubrir, en un caso concreto, si ella es justificable o no. Se trata, en esencia, de una pregunta de eficiencia (incluyendo la economía) de medios en el logro de fines. Si los fines sociales en juego pueden ser favorecidos más efectivamente por la maquinaria legal y económica, carece de sustento recurrir a la acción física de una manera más directa. Sin embargo, si ellos representan una organización ineficaz de los medios para cumplir los fines en cuestión, entonces el recurso a medios extra-legales puede ser indicado, siempre y cuando realmente sirva a los fines en cuestión —nótese que se trata de un muy alto requisito—. Bajo ciertas circunstancias, emplear la fuerza directa es un suplemento de energía efectiva para los recursos deficientes ya existentes.

Dicha doctrina es sin duda poco bienvenida. Es fácilmente interpretable como un estímulo para recurrir a la violencia y a la amenaza de violencia en las luchas industriales. Pero hay un muy alto requisito implicado: el requisito de una mayor economía y eficiencia relativa. Y cuando es así considerado, de inmediato se viene a la mente que la experiencia en el pasado ha mostrado que para las partes implicadas no es usualmente eficiente ser jueces en su propia causa; que un árbitro

imparcial es un ahorrador de energía. También viene a la mente que la maquinaria legal existente, a pesar de sus defectos, representa una invención que ha sido construida con un alto costo, y que la tendencia a ignorar su operación por una provocación especial podría reducir la eficiencia de la maquinaria en otras situaciones donde la ganancia local podría fácilmente compensar con creces las pérdidas en energía disponible para otros fines. En tercer lugar, la experiencia muestra que hay una presunción general, en el lado de las agencias indirectas y refinadas, contra los métodos toscos y llamativamente obvios de utilización del poder. El fino mecanismo que ejecuta un reloj es más eficiente que el grosero que lanza un ladrillo. Así, el prejuicio contra cualquier doctrina que bajo cualquier circunstancia parece aprobar que se recurra a métodos personales y primitivos de uso de la fuerza versus los más impersonales artificios jurídicos de la sociedad resulta ser, *prima facie*, justificado desde el principio del uso eficiente de los medios.

Más allá de esta presunción descubierta, debe admitirse que nuestros artificios organizados son aún tan ineficaces que es un tema delicado decir hasta qué punto una permanente amenaza de recurrir a métodos crudos puede ser un estímulo necesario para el mejor funcionamiento de métodos más refinados. En la política hay una presunción general contra hacer cualquier cosa hasta que sea claramente necesaria; y la indicación de fuerza potencial opera como una señal de necesidad. En otras palabras, la reorganización social es habitualmente una respuesta a un conflicto amenazante —atestigua el actual “preparamiento” de la agitación—.

Esta conclusión de que la violencia significa recurrir a medios que son relativamente dilapidadores puede ser reforzada considerando las medidas penales. Sobre todo, parece ser común la opinión de que en dichos asuntos la fuerza es santificada por el mero hecho de que el Estado es el que la emplea, o por el hecho de que es ejercida en el interés de la “justicia” —retribución en abstracto, o lo que es cortésmente llamado “reivindicación de la ley”—. Cuando se procura la justificación de la fuerza en algún tipo de consideración abstracta como ésta, no se plantean preguntas sobre la eficiencia de la fuerza usada, pues no es concebida como un medio específico para un fin específico. Es el carácter sacrosanto, así atribuido al uso de la fuerza estatal, lo que otorga sagacidad a la acusación tolstoiana de que el Estado es el archicriminal, la persona que recurre a la violencia en mayor escala. Yo no veo ninguna manera de escapar a esto, salvo decir que todo depende de la adap-

tación eficiente de medios a fines. La acusación sería contra el Estado no es que éste use la fuerza —nada fue nunca logrado sin el uso de la fuerza—, sino que no la use sabia o efectivamente. Nuestras medidas penales todavía están ampliamente en el nivel en que podrían convencer a un hombre derribándolo en vez de instruyéndolo.

Por supuesto, mi tratamiento está muy resumido. Pero espero que sugiera mi punto principal. Los fines no son logrados sin el uso de la fuerza. En consecuencia, no hay una presunción contra una medida política, internacional, jurídica o económica que involucre el uso de la fuerza. La excesiva delicadeza sobre la fuerza no es marca de los idealistas, sino que de los lunáticos morales. Pero no pueden ser asignados principios precedentes y abstractos para justificar el uso de la fuerza. El criterio de valor reside en la eficiencia relativa y la economía del gasto de la fuerza como un medio para un fin. Con el avance del conocimiento, el uso de la fuerza refinado, sutil e indirecto está siempre desplazando a los métodos de aplicación toscos, obvios y directos. Ésta es la explicación del sentimiento ordinario en contra del uso de la fuerza. Lo que es pensado como brutal, violento, inmoral es un uso de agencias físicas que son groseras, sensacionales y evidentes por su propia cuenta, en casos donde es posible emplear con mayor economía y menor desperdicio medios que son comparativamente imperceptibles y refinados.

Se sigue de lo que ha sido dicho que el así llamado problema de la “moralización” de la fuerza es en realidad un problema de la *intelectualización* de su uso: un problema de emplear, por así decirlo, fuerza neuronal en vez de la grosera fuerza muscular como un medio para lograr fines. Un uso inmoral de la fuerza es un uso estúpido. A veces escucho disculpas por la guerra, que proceden señalando cómo toda la vida social es en gran medida una competencia disimulada de poderes hostiles. Nuestra vida económica, según se dice, no es sino una lucha por el pan en donde la resistencia e incluso las vidas de los trabajadores se enfrentan a los recursos de los empleadores. Sólo la falta de imaginación falla en ver la guerra económica, el campo de batalla industrial con sus trenes de municiones y carnicería humana. Que sea admitido el punto. Lo que aún sigue siendo cierto es que la cuestión decisiva es el nivel de eficiencia y economía sobre el cual continúa el despliegue de las fuerzas. Nuestros actuales métodos económicos pueden ser tan dilapidadores, tan destructivos, que son bárbaros en comparación con otros

que son humanamente posibles. Sin embargo, los competitivos métodos comerciales pueden representar un avance sobre los métodos de guerra en cuanto a la utilización de los recursos humanos y naturales. En la medida en que ellos son más indirectos y tienen mayor complejidad de los medios, se presume que implican un avance. Tomemos, en el otro extremo, el evangelio de la no resistencia. Excepto bajo una doctrina de inactividad más absoluta que la que cualquier San Simón el Estilita¹² haya nunca adoptado, la doctrina de la no resistencia sólo puede significar que, dadas ciertas condiciones, la resistencia pasiva es un medio más *efectivo* de resistencia que una resistencia abierta. El sarcasmo puede ser más eficaz que un golpe para someter a un adversario; una mirada, más efectiva que el sarcasmo. Sólo a partir de dicho principio de conveniencia, puede la doctrina de la no resistencia ser fomentada, sin comprometernos con la noción de que todo ejercicio de energía es inherentemente equivocado —una especie de absolutismo oriental que hace al mundo intrínsecamente malo—. Yo no puedo sino pensar que si los pacifistas pudieran cambiar su sintonía en los asuntos penales y de guerra —desde la inmoralidad intrínseca del uso coercitivo de la fuerza, hacia la ineficiencia y estupidez comparativa de los métodos existentes de uso de la fuerza—, sus buenas intenciones serían más fructíferas.

Como mi objetivo es aclarar un punto, más que convencer a alguien, permítaseme tomar otro ejemplo. En la lucha laboral a veces oímos de un derecho al libre trabajo y un llamado a la libre elección, utilizados en contra del movimiento por un negocio cerrado (*closed shop*)¹³. Hombres como el presidente Eliot¹⁴ están convencidos sinceramente de que ellos están continuando la lucha por la libertad humana. Tal vez

¹² N. del T: Simón o Simeón el Estilita (390-459) fue un santo y asceta cristiano nacido en Cilicia y es considerado el inventor del cilicio. Con la intención de alejarse de las ocupaciones humanas, se dice que vivió treinta y siete años arriba de una columna —que originalmente tenía tres metros de altura, pero finalizó en diecisiete—.

¹³ N. del T: El negocio cerrado (*closed shop*) es un acuerdo de seguridad sindical en donde el empleador se compromete a contratar sólo a miembros del sindicato, y los empleados deben mantenerse sindicalizados para seguir estando empleados.

¹⁴ N. del T: Dewey se refiere a Charles W. Eliot, presidente de la Universidad de Harvard entre los años 1869 y 1909. Fue uno de los más importantes detractores de los negocios cerrados, defendiendo, por medio de discursos y artículos, los beneficios de la competencia laboral.

lo hacen. Yo no pretendo pasar por alto los méritos de la cuestión. Pero *tal vez* ellos solamente están luchando en beneficio de la mantención de métodos dilapidadores versus aquellos que permiten una organización eficiente. Hubo un tiempo en que nuestros ancestros tenían el derecho personal a infligir castigo a los delincuentes. Cuando el movimiento establece la restricción de esta labor a un número limitado de funcionarios designados, y con ello priva a la masa de su derecho prioritario, uno se pregunta si los ancestros espirituales del presidente Eliot no protestaron contra esta invasión de las sagradas libertades personales. Ahora está suficientemente claro que la renuncia al poder fue un incidente de la organización absolutamente necesario para asegurar un uso eficiente de los recursos que entran en ella. Podría pasar, en el futuro, que el movimiento por el negocio cerrado sea un incidente de una organización del trabajo que es también en sí misma un incidente en el cumplimiento de una organización más eficiente de las fuerzas humanas.

En otras palabras, la pregunta acerca de los límites de los poderes o libertades o derechos individuales es finalmente una pregunta por el uso más eficiente de los medios para el logro de fines. Que en un cierto período la libertad deba haber estado establecida como un antecedente sagrado *per se*, es bastante comprensible. Dicha libertad representaba un factor importante que había sido pasado por alto. Pero es igualmente un factor de eficiencia, en el cual su valor, en última instancia, debe ser evaluado. La experiencia justifica la opinión de que la libertad es un elemento tan central en la eficiencia que, por ejemplo, nuestros actuales métodos de producción capitalista son altamente ineficientes porque, con respecto al gran cuerpo de trabajadores, son demasiado coercitivos. La eficiencia requiere métodos que recluten mayor interés y atención individual, mayor libertad emocional e intelectual. Con respecto a una liberación de dichas energías, las antiguas y toscas formas de libertad pueden ser obstructivas; la eficiencia, entonces, puede requerir el uso del poder coercitivo para derogar *ese* ejercicio.

Las propuestas de este artículo pueden entonces ser resumidas de la siguiente manera. En primer lugar, dado que el logro de fines requiere el uso de medios, la ley es esencialmente una formulación del uso de la fuerza. Segundo, la única pregunta que puede ser hecha sobre la justificación de la fuerza es acerca de la eficiencia y economía comparativa en su uso. Tercero, lo que es justamente objetado como violencia

o coerción indebida es la confianza en medios dilapidadores y destructivos para el logro de resultados. Cuarto, siempre hay una posibilidad de que lo que se percibe como un uso legítimo de la fuerza pueda ser tan dilapidador como un verdadero uso de la violencia; y, *per contra*, que medidas condenadas como meros recursos de violencia puedan, bajo circunstancias dadas, representar una utilización inteligente de energía. En ningún caso, puede apelarse a principios precedentes o *a priori* más que como presunciones: el punto en discusión es la concreta utilización de medios para el logro de fines. *EP*

NÚMEROS ANTERIORES

Nº 138, otoño 2015

Michael W. Traugott, *Problemas relacionados con las encuestas preelectorales desde una perspectiva comparada*; **Slaven Razmilic**, *Impuesto territorial y financiamiento municipal*; **José Miguel Valdivia y Tomás Blake**, *El decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio ante el derecho administrativo*; **Jorge Edwards**, *Andrés Bello, el progresista aterrizado*; **Joaquín Fernandois**, *Indigencia de ideas: La derecha en Chile* (La derecha en la Crisis del Bicentenario, de Hugo Herrera); **Max Colodro**, *De la crisis al futuro* (La derecha en la Crisis del Bicentenario, de Hugo Herrera); **Luis Felipe Céspedes**, *El desafío de crear oportunidades para todos* (Growth Opportunities for Chile, Vittorio Corbo, editor); **Mariano Tommasi**, *Los desafíos de Chile hoy* (Growth Opportunities for Chile, Vittorio Corbo, editor); **Sebastián Edwards**, *Ya pronto una sombra serás* (Growth Opportunities for Chile, Vittorio Corbo, editor); **Renato Cristi**, *¿Una derecha republicana?* (“La derecha ante el cambio de siglo”, de Hugo Herrera); **Ana Josefina Trujillo y Joaquín Trujillo**, *La educación pública según los hermanos Amunátegui*.

Nº 137, verano 2015

Michael W. Traugott, *Métodos alternativos para la estimación de resultados electorales*; **Sofía Correa Sutil**, *Los procesos constituyentes en la historia de Chile: Lecciones para el presente*; **Bruce Caldwell, Leonidas Montes, Friedrich Hayek y sus dos visitas a Chile; **Alfredo Jocelyn-Holt**, *La Contraloría General de la República: Su sentido histórico*; **Vittorio Corbo**, *La importancia de las instituciones: Algunas reflexiones*; **Juan Andrés Piña**, *Verbalidad, política y poesía en el teatro de Guillermo Calderón*; **Ascanio Cavallo**, *Escribiendo con el enemigo: Lenguaje, periodismo y democracia*; **Claudio Sapelli**, *Las carencias de Piketty* (Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, 2014); **José De Gregorio**, *A propósito de Piketty* (Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, 2014); **Daniel Artana**, *Lectura obligada para los interesados en el desarrollo económico* (Sebastián Edwards, *Toxic Aid. Economic Collapse and Recovery in Tanzania*, 2014)**

Nº 136, primavera 2014

Ignacio Echevarría, *La antipoesía y el boom latinoamericano*; **Niall Binns**, *Nicanor Parra y la Guerra Fría: Poesía política en los años cincuenta*; **Matías Ayala**, *Nicanor Parra y la política (1954-2006)*; **Raúl Zurita**, *Voy y vuelvo Nicanor*; **Juan Guillermo Tejeda**, *La simpatía de Nicanor Parra*; **Efraín Kristal**, *Soneto XVIII, Hamlet y El rey Lear: Los shakespeare de Nicanor Parra*; **María Luisa Fischer**, “*Ella hallará también cosas extrañas*”: *Figuraciones de la mujer y lo femenino en Parra*; **Leonardo Sanhueza**, *Nicanor Parra, profesor*; **Claudio Bertoni**, *Modestamente*; **Patricio Pron**, *Nicanor Parra, la revolución permanente*; **Eduardo Milán**, *Nicanor Parra: El riesgo de antescibir*; **Cristóbal Joannon**, *La comedia parriana: Un vistazo*; **Miguel Naranjo Ríos**, *La poesía popular en la obra de Nicanor Parra Sandoval*; **César Soto**, *Los libros de Nicanor Parra*; **Adán Méndez**, *Parra en primera persona*; **Jaime Vadell**, **José Manuel Salcedo**, *Hojas de Parra / Salto mortal en un acto*.

Nº 135, invierno 2014

Cristóbal de la Maza, **Sandra Briceño**, **Isabel Rojas**, **Paulina Schulz**, **Julio Recordón** y **Luis Abdón Cifuentes**, *Instrumentos económicos para la gestión de la calidad del aire: Aplicación de impuestos y permisos de emisión en Chile*; **Rodrigo Cerda**, **Juan Luis Correa**, **Francisco Parro** y **José Domingo Peñafiel**, *El Fondo de Utilidades Tributables (FUT): Elementos para la discusión*; **Gustavo Yamada**, **Pablo Lavado** y **Luciana Velarde**, *Habilidades no cognitivas y brecha de género salarial en el Perú*; **Pablo Beytía**, *La libertad de los dominados. Aportes y límites de la teoría del poder de John Searle*; **Michael Livermore** y **Jennifer Rosenberg**, *La forma del análisis distributivo*; **Hugo Herrera**, *La derecha ante el cambio de ciclo*; **Héctor Soto**, *Los plenos poderes de Gabriel García Márquez: Asombros y conjeturas*; **Carlos Franz**, *Se me olvidó que te olvidé. Un “eslabón perdido” entre Mariano Latorre y José Donoso*; **Alan Angell**, *Crónica de una tragedia*; **Joaquín Fernandois**, *Por qué la historia escrita está abierta y siempre lo estará*.

NUEVO LIBRO

UNA PUBLICACIÓN DEL
CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Diálogos constitucionales

Lucas Sierra (editor)



Este libro recoge las discusiones que un grupo transversal de 30 profesores de derecho sostuvieron en un ciclo de trabajo académico sobre la actual Constitución y su eventual reforma. Se debatieron temas como la potestad constituyente, la estructura del Estado, derechos constitucionales y el régimen político, entre otros.

Más información en www.cepchile.cl

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Monseñor Sótero Sanz 162 - Fono 2328 2400 - Fax 2328 2440

Santiago de Chile

EN VENTA EN LIBRERIAS

NUEVO LIBRO

UNA PUBLICACIÓN DEL
CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Geografía de pájaros

Fernando Claro y Juan José Donoso



A través de *Geografía de pájaros, Chile Central*, los autores recorren el territorio siguiendo las aguas de un “río típico de la zona central de Chile, desde la cordillera al mar”, identificando el hábitat, los comportamientos y las principales características de las aves que encuentran en el camino.

Más información en www.cepchile.cl

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

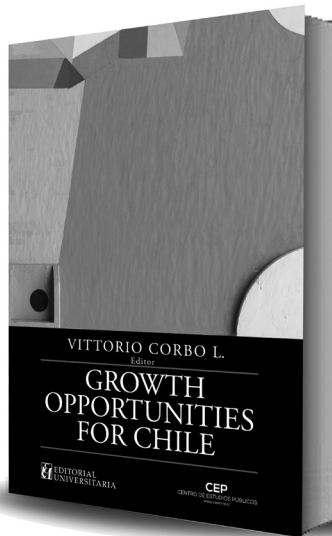
Monseñor Sótero Sanz 162 - Fono 2328 2400 - Fax 2328 2440

Santiago de Chile

EN VENTA EN LIBRERIAS

UNA PUBLICACIÓN DEL
**CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS
Y EDITORIAL UNIVERSITARIA**

Growth Opportunities for Chile
Vittorio Corbo (editor)



Autores

Daron Acemoglu, Harald Beyer, Ricardo Caballero, Vittorio Corbo, Fernando Díaz, J. Rodrigo Fuentes, Alexander Galetovic, Francisco Gallego, Ricardo González, Cristián Hernández, Fernando Lefort, Jorge Marshall, Patricio Meller, Alejandro Micco, Verónica Mies, Marco Morales, Cristián Muñoz, Luz María Neira, Andrea Repetto, Klaus Schmidt-Hebbel.

Más información en www.cepchile.cl

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS
Monseñor Sótero Sanz 162 - Fono 2328 2400 - Fax 2328 2440
Santiago de Chile

EN VENTA EN LIBRERIAS

Sumario

- Martín D'Alessandro,
Juan Abal Medina (H.)
y Marcelo Leiras* La ciencia política en Argentina 2005-2014: El camino de la consolidación dentro y fuera de las aulas universitarias
- Octavio Amorim Neto y
Fabiano Santos* La ciencia política en Brasil en la última década: La nacionalización y la lenta superación del parroquialismo
- André Marengo* When Institutions Matter: CAPES and Political Science in Brazil
- Claudia Heiss* Ciencia política en Chile: ¿Una disciplina consolidada?
- Santiago Leyva y
María Fernanda Ramírez* La ciencia política en Colombia: Una disciplina en continua expansión
- Fernando Barrientos del Monte* Crecimiento e institucionalización de la ciencia política en México
- Adolfo Garcé y Cecilia Rocha* La ciencia política en Uruguay: Entre la profesionalización, la partidización y el fantasma del "Movimiento Perestroika"
- Paulo Ravecca* Our Discipline and its Politics. Authoritarian Political Science: Chile 1979-1989
- Pablo Bulcourf,
Enrique Gutiérrez Márquez
y Nelson Cardozo* Historia y desarrollo de la ciencia política en América Latina: Reflexiones sobre la constitución del campo de estudios

Verbatim

- Gabriel L. Negretto* Procesos constituyentes y refundación democrática. El caso de Chile en perspectiva comparada

Recensiones

- María Marta Maroto* Daniel Brinks, Marcelo Leiras y Scott Mainwaring (2014), *Reflections on Uneven Democracies: The Legacy of Guillermo O'Donnell*
- Paula Clerici* Ernesto Calvo (2014), *Legislator Success in Fragmented Congresses in Argentina. Plurality Cartels, Minority Presidents, and Lawmaking*
- María G. Salazar Rebolledo* Diana Kapiszewski (2012), *High Courts and Economic Governance in Argentina and Brazil*
- Ángel Aedo* Didier Fassin (2013), *Enforcing Order. An Ethnography of Urban Policing*

VOL. 52 No. 1 | MAY, 2015

SYMPOSIUM

ENTREPRENEURSHIP AND SOCIAL MOBILITY IN LATIN AMERICA

**Reexamining the link between instability
and growth in Latin America:**

A dynamic panel data estimation using k-median clusters

Cecilia Bermúdez | Carlos D. Dabús | Germán H. González

A cluster analysis of FDI in Latin America

Rosa Forte | Nancy Santos

**Foreign direct investment in Latin America
and the Caribbean: An empirical analysis**

Kevin Williams

**A note on the S-curve dynamics of commodity trade
between Brazil and the United States**

Mohsen Bahmani-Oskooee | Dan Xi

**U.S. monetary policy's impact on Latin America's structure
of production (1960-2010)**

Nicolás Cachanosky

SUBMISSIONS

We invite you to submit your original research article for consideration for publication in the Latin American Journal of Economics, formerly Cuadernos de Economía, at:

www.editorialexpress.com/laje

For instructions, please visit:

www.laje-ce.org/submissions

SUBSCRIPTIONS

Prices for annual subscription
(2 issues, May and November)

Chile	\$11,000
Latin America	US\$30
Rest of the world	US\$40

Please fill out the form available at:

www.laje-ce.org/subscriptions

INSTITUTO DE ECONOMÍA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE



CENTRO DE ANÁLISIS E
INVESTIGACIÓN POLÍTICA.

REVISTA PLÉYADE

NÚMERO 15 | ENERO-JUNIO 2015 | ISSN: 0718-655X

DOSSIER

IDEAS E INTELLECTUALES EN AMÉRICA LATINA: HISTORIAS, REGISTROS Y ABORDAJES DEL PENSAMIENTO LATINOAMERICANO

ARTÍCULOS

Alejandro Fielbaum
Vicente Montenegro
Pierina Ferretti

Introducción

Ideas e intelectuales en América Latina: historias, registros y abordajes del pensamiento latinoamericano

Horacio Tarcus

Una invitación a la historia intelectual. Palabras de apertura del II° Congreso de Historia Intelectual de América Latina

Adriana María Arpini

Augusto Salazar Bondy y Gastón Bachelard. Consideraciones a propósito de un entramado discursivo

Enrique Riobó

Antigüedad y modernidad en el Ariel de José Enrique Rodó

Gonzalo García

Utopía y sentido histórico en América Latina: el caso de Ariel y la Filosofía de la Liberación

Juan Morel Rioseco

Utopía y Comunidad: Dos proyectos de vida comunitaria a comienzos del siglo XX en Chile

Rosalie Sitman

(Re)discovering America in Buenos Aires: The Cultural Entrepreneurship of Waldo Frank, Samuel Glusberg and Victoria Ocampo

Giorgio Boccardo Bosoni

Pensamiento revolucionario en América Latina. Juicio crítico a la producción político intelectual a partir de la Revolución cubana y nicaragüense

Jorge Budrovich–Saez

Después del Marxismo, después del Anarquismo: Laín Diez y la crítica social no dogmática

Patricia G. San Martín

El marxismo pensado al modo de una filosofía de la praxis. Señalamientos para un pensamiento de lo político en la filosofía chilena de la década del 60 del siglo XX

Blanca S. Fernández
& Florencia Puente

Marxismo herético en América Latina. Un dialogo posible entre Agustín Cueva y René Zavaleta

José Aricó

Mariátegui y la formación del partido socialista del Perú

ESTUDIOS DE ECONOMIA

VOLUMEN 42 • N° 1 / JUNIO 2015

ARTÍCULOS

THE EQUIVALENCE OF CONVEX AND CONCAVE TRANSPORT
COST IN A CIRCULAR SPATIAL MODEL WITH AND WITHOUT ZONING

**Hamid Hamoudi, Isabel M^a Rodríguez Iglesias,
Marcos Sanz Martín-Bustamante**

INVESTOR HETEROGENEITY AND ASYMMETRIC VOLATILITY
UNDER SHORT-SALE CONSTRAINTS: EVIDENCE FROM KOREAN
FUND MARKET

Pando Sohn, Ji-Yong Seo

DERECHOS COLECTIVOS EN PESCA ARTESANAL Y LOS
INTERCAMBIOS EN LA POLÍTICA PESQUERA:
UN ANÁLISIS DE LAS POLÍTICAS DISTRIBUTIVAS

Miguel Jara, Jorge Dresdner, Walter Gómez

LONG-RUN PROFITS IN TIMES OF CRISIS: A COMPARISON
BETWEEN EUROPEAN SMES AND LARGE COMPANIES

Nuria Alcalde-Fradejas, Marisa Ramírez-Alesón

OVER-ESTIMATING THE EFFECTS OF TEACHER ATTRIBUTES ON
SCHOOL PERFORMANCE IN THE CHILEAN EDUCATION SYSTEM

Gabriela Toledo Román, Juan Pablo Valenzuela

UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE ECONOMÍA Y NEGOCIOS
DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

VENTA ONLINE EN WWW.LYD.ORG



Sentencias Destacadas 2014 (2015),
Varios autores

“El paciente se pone impaciente” (2014)
Mikel Uriarte P.



Migraciones en Chile:
Oportunidad Ignorada
(2014) Álvaro Belloio A.,
Hernán Felipe
Errázuriz C.

Sentencias Destacadas
2013 (2014),
Varios autores



La transición a la
democracia 1988-1990.
(2014)
Carlos F. Cáceres.



Claves en Educación
Técnico profesional:
10 modelos a replicar,
(2013), Varios Autores

Activismo judicial en Chile
¿Hacia el gobierno de los
jueces? (2013)
José Francisco García y
Santiago Verdugo



LYD ES
REPRESENTANTE
EXCLUSIVO EN CHILE
DE LIBROS UNIÓN
EDITORIAL DE ESPAÑA.

**NO SE PERDA
ADEMÁS LAS
NOVEDADES EN
EL CATÁLOGO DE
LIBROS DE UNIÓN
EDITORIAL.**



LIBERTAD Y DESARROLLO
ALCÁNTARA 498, LAS CONDES
SANTIAGO DE CHILE

www.lyd.org / lyd@lyd.org

FORMULARIO DE SUSCRIPCIÓN

ESTUDIOS PÚBLICOS

NOMBRE: _____
DIRECCIÓN: _____
COMUNA: _____
CIUDAD: _____ PAÍS: _____
TELÉFONO: _____ FAX: _____
PROFESIÓN/CARRERA: _____
UNIVERSIDAD/INSTITUTO: _____
INSTITUCIÓN: _____
RUT: _____
EMAIL: _____

TIPO DE SUSCRIPCIÓN

NUEVA RENOVACIÓN 1 AÑO 2 AÑOS

Adjuntar cheque cruzado a nombre de Centro de Estudios Públicos por la suma de (US\$) \$ _____ por ____ suscripción(es).

TIPO DE DOCUMENTO

BOLETA FACTURA

SUSCRIPCIÓN*	1 AÑO (4 Revistas)	2 AÑOS (8 Revistas)
Nacional*	\$ 13.000	\$ 18.000
Estudiantes**	\$ 7.000	_____
América	Aéreo US\$ 70	US\$ 120
Europa y otros	Aéreo US\$ 100	US\$ 190

* No incluye gastos de envío para direcciones fuera de la Región Metropolitana.

** Se debe acreditar esta condición.

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

Monseñor Sótero Sanz 162 - Fono 22328 2400 - Fax 22328 2440

Santiago de Chile

RUT: 70.649.100-7

Giro: Analizar y divulgar problemas filosóficos,
políticos, sociales y económicos