

ESTUDIOS PÚBLICOS

Nº 95

INVIERNO

2004

Fernando Zegers Hochschild
*Mecanismo de acción del
Levonorgestrel como
anticonceptivo de emergencia*

Enrique Oyarzún
Contracepción de emergencia

Antonio Bascuñán Rodríguez
*La píldora del día después ante
la jurisprudencia*

Arturo Fermandois
*La píldora del día después:
Aspectos normativos*

Felipe Morandé y Carlos Noton
La conquista de la inflación en Chile

Francisco Rosende
*Política monetaria bajo incertidumbre:
Reflexiones después de Jackson Hole*

**Francisco Javier Leturia
y Álvaro Merino**
*Tributación y minería en Chile:
Antecedentes para un debate informado*

Joel González Castillo
*Las empresas mineras y la buena fe
contractual*

Claudio Sapelli
*Las estaciones de servicios en Chile:
¿Compiten o se coluden?*

Enrique Gherzi
El mito del neoliberalismo

Fernando Moreno
La Iglesia (Católica) y el desafío liberal

Joaquín Fermandois
*Residencia en la Tierra:
Lenguaje e historia*

Informe anual sobre libertad de expresión y de información en Chile (2003)

Anticoncepción de emergencia: Antecedentes del debate

CENTRO DE ESTUDIOS PÚBLICOS

MECANISMO DE ACCIÓN DEL LEVONORGESTREL COMO ANTICONCEPTIVO DE EMERGENCIA*

Fernando Zegers Hochschild

La polémica que ha generado el uso del Levonorgestrel (como anti-conceptivo de emergencia), se advierte en este artículo, obedece a la creencia de que si ya existe un óvulo fecundado, este fármaco puede impedir el desarrollo del embrión antes de que llegue al útero y/o alterar de tal manera el endometrio que impida su implantación en él. El autor señala que, aun cuando no existen estudios *in vitro* que evalúen el efecto del Levonorgestrel (LNG) en el desarrollo pre implantación de embriones humanos, dos hechos hacen suponer que no afecta el devenir del embrión. 1) Se sabe que el LNG, a diferencia de las antiprogestinas, no produce aborto o interrupción de un embarazo clínico cuando el embrión ya implantado se expone a este fármaco. Y 2), considerando que la mayor parte de los embarazos ocurren cuando el LNG es usado después de las 72 horas del coito, y

FERNANDO ZEGERS HOCHSCHILD. Médico cirujano. Director de la Unidad de Medicina Reproductiva, Clínica Las Condes, Santiago. Miembro del consejo de directores del Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER). Presidente del Comité de Ética de la Sociedad Chilena de Fertilidad. Miembro del panel de expertos en reproducción humana de la Organización Mundial de la Salud. Fundador y miembro del directorio del Comité Internacional Responsable del Registro Mundial de la Reproducción Asistida (ICMART). Autor de numerosas publicaciones científicas.

* Ponencia presentada en el seminario “Los efectos de la píldora del día después” que se realizó en el Centro de Estudios Públicos el 2 de junio de 2004. Véanse asimismo en esta edición la ponencia del doctor Enrique Oyarzún, los artículos de los profesores de derecho Antonio Bascuñán y Arturo Fermandois, y el *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate” (N. del E.).

que habitualmente esto coincide con fases post ovulatorias, es razonable concluir que en la mayoría de los embarazos con LNG, el embrión se ha expuesto a él durante su fase pre implantacional. Por consiguiente, no existen evidencias de que los embarazos que se producen como falla del método anticonceptivo evolucionen en forma diferente de los embarazos que no estuvieron expuestos al LNG.

1. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1. Ciclo menstrual y período fértil

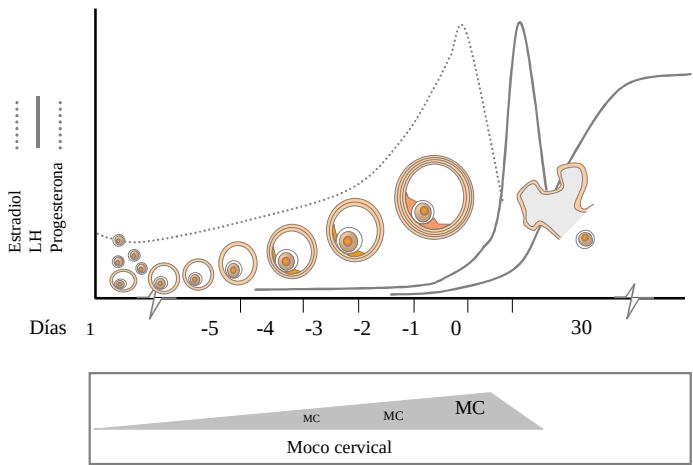
El ciclo menstrual de la mujer se extiende desde el inicio de la menstruación (llamado día uno) hasta un día antes del inicio de la menstruación siguiente. El ciclo menstrual normal tiene una duración de 25 a 35 días. Por otra parte, el “período fértil” de la mujer corresponde a los días del ciclo menstrual en que una relación sexual coital puede dar inicio a un embarazo. En algunas mujeres, este período puede durar hasta seis días, desde cinco días antes de la ovulación (salida del óvulo del ovario) hasta el día de la ovulación propiamente tal. Sin embargo, en otras mujeres este período puede ser más corto y extenderse por sólo uno o dos días antes de la ovulación, restringiendo así el período fértil a sólo dos a tres días en el mes. Estas diferencias son determinantes en la mayor o menor capacidad para embarazarse de algunas mujeres respecto de otras.

En ocasiones, el período fértil puede ser identificado por la mujer mediante la humedad vaginal, que resulta de la producción de moco por el cuello del útero y que en algunas mujeres es abundante y baña la vagina. Este moco es el que posibilita la entrada de los espermatozoides hacia el útero después que han sido depositados en la vagina durante el coito. En ausencia de este moco cervical, los espermatozoides depositados en la vagina durante la relación sexual no pueden entrar al interior del útero y mueren rápidamente en la vagina.

Con frecuencia, las mujeres no pueden precisar si están en el inicio o en el fin del período fértil; más aún, rara vez las mujeres tienen conciencia del día del ciclo menstrual en que se encuentran al momento de tener un acto sexual no programado. Esto es especialmente evidente en adolescentes que es frecuente que tengan ciclos menstruales irregulares o no estén educadas para tomar conciencia de estos cambios fisiológicos.

Considerando que la mujer tiene relaciones sexuales dentro y fuera de su período fértil, por una cuestión de probabilidades la mayor parte de las relaciones sexuales (80%) tienen lugar fuera del período fértil. Así, la

FIGURA 1: PERÍODO FÉRTIL DE LA MUJER

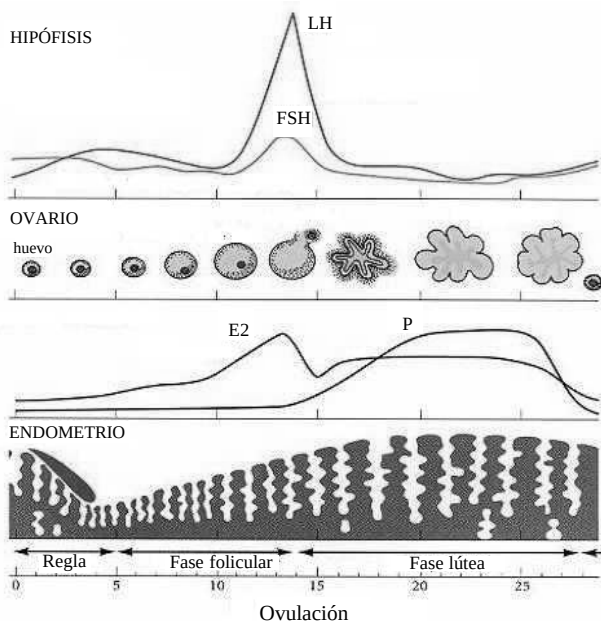


mayoría de las veces, lo que motiva el uso de un anticonceptivo de emergencia (AE) es el temor a una preñez no deseada y no la certeza de haber tenido relaciones sexuales en el período fértil. Desde otra perspectiva, asumiendo que la mujer reconoce su período fértil y toma el AE exclusivamente durante ese período, 75 a 85% de las veces lo habrá ingerido antes de la ovulación, es decir, antes de que exista un óvulo, y con mayor razón antes de que el óvulo haya sido fecundado. Si la mujer lo toma motivada exclusivamente por el susto y en completo desconocimiento del momento del ciclo en que se encuentra, tiene un 96,6% de probabilidades de tomarlo fuera del período del ciclo en que puede existir un óvulo fecundado (Figura 1).

1.2. El ciclo ovulatorio

En el ciclo menstrual de la mujer se reconocen diferentes estadios que corresponden a sucesivas fases de la actividad cíclica del ovario (Figura 2). En general se distingue la fase folicular (FF) o preovulatoria, que se extiende desde el inicio de la menstruación hasta la ovulación, y la fase lútea (FL), que se extiende desde la ovulación hasta el inicio de la menstruación siguiente. A su vez en la FF se pueden identificar tres subperíodos:

FIGURA 2: CICLO OVULATORIO DE LA MUJER



- 1) *Reclutamiento folicular:* en este período, gracias al estímulo de hormonas (LH y FSH) que produce y secreta la hipófisis (una glándula situada en la base del cerebro que controla la actividad cíclica del ovario), se seleccionan 10 a 12 folículos en uno o ambos ovarios (cohorte). Cada folículo contiene un óvulo que se prepara para la ovulación de ese ciclo. Esta fase se extiende desde la menstruación hasta aproximadamente el día 10 del ciclo.
- 2) *Maduración folicular:* en este período se selecciona sólo uno (ocasionalmente dos) de los folículos que habían sido reclutados en la fase anterior. Los otros folículos se reabsorben en un proceso llamado de atresia folicular. Al folículo seleccionado se le denomina folículo dominante, porque contiene el óvulo escogido para ovular en ese mes. El folículo dominante crece hasta un diámetro promedio de 16 a 24 mm antes de la ovulación. Esta fase se extiende hasta que la hipófisis secreta una mayor cantidad de LH, llamado pico de LH y que marca el inicio de la ovulación.
- 3) *Ovulación:* consiste en la ruptura de la pared del folículo dominante que permite la liberación del óvulo. Ésta es una etapa en que la

cronología de eventos resulta crítica. Así, la hipófisis, que ha estado comandando el reclutamiento y maduración folicular mediante señales químicas (consistentes en pulsos hormonales de amplitud y frecuencia variables, de acuerdo al momento del ciclo), libera en la sangre una descarga hormonal llamada pico de LH. Eso determina que el óvulo salga del ovario en las siguientes 24 a 48 horas y, una vez capturado por la trompa, debe ser fecundado en las siguientes 12 a 24 horas. De no ser así, envejece y/o muere.

Si se suprimen los pulsos hormonales de la hipófisis, no se produce reclutamiento y maduración folicular. Los anticonceptivos hormonales de uso regular y que se ingieren todos los días impiden la secreción de estos pulsos hormonales y por ello suprimen la ovulación. Si ya han ocurrido el reclutamiento y la maduración folicular y se inhibe el pico de LH, el folículo reclutado y madurado no se rompe y no libera el óvulo. Ocasionalmente se ha visto que, aun inhibiendo el pico hormonal, se puede romper el folículo en lo que podría llamarse una seudoovulación. Esto no significa que de la pared folicular se libere el óvulo o que, de ser liberado, el óvulo pueda ser fecundado. En ausencia del pico de LH el óvulo no es liberado de la pared folicular o no completa su maduración y, por lo tanto, es altamente improbable que un óvulo así generado sea fecundable. Esto es importante recordar, ya que, como veremos más adelante, uno de los mecanismos de acción del AE consiste en alterar la magnitud y la frecuencia de las señales hormonales provenientes de la hipófisis.

El ciclo ovulatorio es altamente controlado y para que ocurra una gestación se requiere no sólo de la producción de un óvulo fecundable; se requiere además que, sincrónicamente con lo anterior, se prepare el endometrio para la implantación de un embrión. En la fase folicular del ciclo ovárico, la cohorte de folículos reclutados y luego el folículo dominante producen una de las hormonas femeninas llamada estradiol (E2), que por una parte induce a las glándulas del cuello uterino a producir moco y por otra parte induce la proliferación y secreción de las glándulas endometriales o capa interna del útero. La mayor proliferación glandular ocurre al momento de la ovulación, coincidiendo con la mayor producción de E2, que precede en 24 horas al pico de LH. Así, esta hormona es la responsable de la proliferación endometrial que constituye el nido donde eventualmente se implantará un embrión.

El pico de LH, que ocurre a mediados del ciclo, no sólo provoca la ruptura del folículo, también esta señal es responsable de transformar las células del folículo e inducir un cambio en la producción hormonal que hace disminuir la producción de E2 y se inicia la producción de progesterona.

na (P). Es con la producción de esta nueva hormona que se da inicio a la fase lútea o posovulatoria. La P ejerce múltiples cambios dentro del ovario, así como en órganos distantes, los que pueden resumirse en: 1) es responsable de que el óvulo complete su maduración cromosómica (reinicie su meiosis) y se libere de la pared folicular; 2) es responsable de que las células que rodean al óvulo (células del cúmulo) se expandan y faciliten la posterior migración de espermatozoides a través de ellas; 3) a distancia, la P inhibe la producción de moco en el cuello del útero y con ello su aparición marca el cierre del período fértil; 4) también a distancia, la P transforma o madura las glándulas del endometrio, preparándolo para una eventual implantación embrionaria. La P es además la hormona responsable de mantener la preñez en las siguientes cinco semanas de gestación.

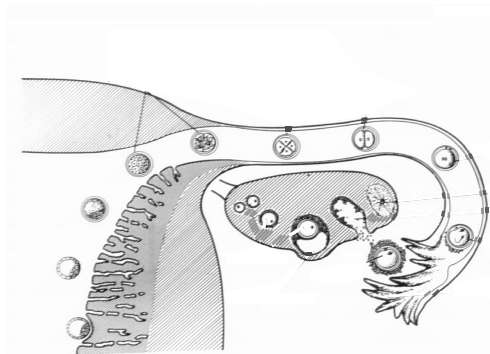
Es fácil comprender que cualquier intervención hormonal que tenga como resultado modificar el pico de LH modificará también la producción de P, generando una innumerable secuencia de cambios que resultan en una severa alteración en la calidad de la ovulación. También es necesario comprender que muchos de los cambios inducidos en el nivel endometrial no se dan como hechos aislados, sino que en asociación a efectos generados en el óvulo o en la ovulación propiamente tal.

1.3. Fecundación, transporte embrionario e implantación

Una vez liberado del ovario, el óvulo debe ser captado por la trompa de Falopio dentro de las 24 horas de la ruptura folicular. En ese órgano es donde el óvulo completa su maduración y es en el fluido de la trompa donde ocurre la fecundación y donde vive el embrión por aproximadamente 72 horas. El embrión es entonces transportado al útero, donde continúa navegando en su fluido. A pesar de una activa interacción e intercambio de sustancias entre el embrión y la mucosa tubárica y endometrial, el embrión no parece tomar contacto directo con el endometrio hasta tres días después, en que se pone en marcha la adhesión al endometrio materno. A este proceso de aposición y luego invasión se le denomina implantación. Es necesario considerar que, con el conocimiento científico y tecnológico actual, no existe manera de reconocer marcadores químicos en la sangre de la mujer que identifiquen la presencia del embrión mientras éste viaja por la trompa de Falopio o navega en el fluido uterino (Figura 3).

El embarazo, algo que le pasa a la mujer y no al embrión, se establece desde que el embrión se implanta en el útero, ya que previo a ello no existe manera de saber si la mujer lleva o no un embrión en su interior. La manera más precoz de saberlo es a través de la medición, en la sangre de la

FIGURA 3: ETAPAS TEMPRANAS DEL PROCESO REPRODUCTIVO DE LA MUJER



mujer, de una hormona producida exclusivamente por tejido embrionario llamada gonadotropina coriónica (hCG). Esa hormona se reconoce en la sangre de la mujer sólo después que el embrión se ha implantado en su endometrio, lo ha invadido y ha enviado esta señal hormonal por la sangre materna al ovario de la mujer, es decir después de seis días de la fecundación.

Al tomar conocimiento de que hay un embrión, el ovario mantiene la producción de P y con esto evita que llegue la menstruación siguiente. Esta relación temporal tiene relevancia semántica. No se puede hablar de gestación antes de que existan al menos señales químicas que documenten la presencia de un embrión en el cuerpo de la mujer. Considerando que aborto es la interrupción voluntaria o involuntaria de una gestación, no puede hablarse de aborto antes de tener evidencias de que existe un embrión. Esta definición no tiene que ver con el momento en la biología del desarrollo en que se constituye una nueva vida, sino más bien desde cuándo sabemos que esa nueva vida está presente.

1.4. Fecundidad y eficiencia reproductiva

Por fecundidad se entiende el tiempo que demora una mujer sana en embarazarse espontáneamente si tiene relaciones sexuales durante el período fértil con un hombre sano.

El tiempo que toma a una mujer embarazarse es mayor que en otros mamíferos, a pesar de que la mujer tiene períodos fértiles prácticamente todos los meses. Sin duda, cohabitar heterosexualmente por largos perío-

dos ayuda a los propósitos reproductivos, ya que si bien la mujer acepta al hombre (al menos no lo rechaza) fuera de su período fértil, tampoco lo atrae específicamente durante esos períodos. En el mejor de los casos, la pareja cuenta con sólo 6 días al mes para que una relación sexual pueda generar un embarazo.

De 100 parejas sanas, menores de 35 años, probadamente fértiles y que tienen relaciones sexuales varias veces durante el período fértil, sólo 30 de ellas se embarazan clínicamente (con evidencia ecográfica de un saco gestacional intrauterino) en el primer mes de exposición (Zegers-Hochschild y cols., 1992). Lo interesante es preguntarse por qué el 70% restante no se embarazó, en circunstancias en que las mujeres ovularon bien y tuvieron relaciones sexuales efectivas durante el período fértil. Una de las hipótesis sería que algunas de ellas sí se embarazaron pero tuvieron pérdidas embrionarias ocultas, es decir, estuvieron embarazadas sin conocimiento de que ello había ocurrido. La respuesta se encuentra midiendo retrospectivamente la hormona hCG en el plasma congelado de las mujeres que no tuvieron evidencia clínica de embarazo. Así se pudo demostrar que de 100 parejas normales que tienen relaciones sexuales durante el período fértil, 68 mujeres tendrán evidencias químicas de haber tenido un embrión implantado. Sin embargo, sólo en 30 de ellas el embarazo seguirá adelante. Es decir, más de la mitad de los embriones que han logrado implantarse se pierden antes de haber evidencia clínica de su existencia, y pasan desapercibidos para la propia mujer. A este número deben sumarse los embriones que nunca llegaron a implantarse y de los que no se tiene evidencia directa, y deben sumarse además los embriones que se pierden después de establecido el embarazo clínico y que constituyen un 12% de todas las gestaciones en mujeres jóvenes. La primera enseñanza que deja este estudio es que la aparente ineficiencia reproductiva en nuestra especie es el resultado de una alta incidencia de pérdidas embrionarias ocultas llamadas también abortos subclínicos o bioquímicos. A éstos deben agregarse otro 12% de pérdidas embrionarias más tardías y que son reconocidas como abortos clínicos.

Por qué se pierden tantos embriones

Estudios efectuados en ovocitos humanos recuperados de mujeres sanas (Battaglia y cols., 1996) demuestran que ya en mujeres menores de 25 años, el 19% de los ovocitos que se han seleccionado espontáneamente para ovular contienen alteraciones en el citoesqueleto y/o en el huso meiótico (donde se ordenan los cromosomas) que determinarán alteraciones en

los embriones resultantes de la fecundación de esos óvulos. Esta proporción de óvulos anormales aumenta a 79% en mujeres mayores de 40 años.

Nuestro grupo ha contribuido con estudios cromosómicos realizados en ovocitos recuperados de mujeres que participan en programas de reproducción asistida (Munné y cols., 2000). Como parte del proceso de maduración, y una vez liberados o extraídos del ovario, los óvulos deben eliminar la mitad de sus cromosomas antes de aceptar la otra mitad que aporta el espermatozoide. Así, se mantiene una dotación completa de cromosomas (46), al igual que en todas las células del organismo. El óvulo elimina la mitad de los cromosomas, empaquetados en una estructura llamada polocito o corpúsculo polar. Hemos desarrollado una técnica que permite obtener los cromosomas presentes en el polocito y que representan la imagen en espejo de los cromosomas que quedan dentro del óvulo antes de exponerlos al espermatozoide. Al examinar tan sólo 6 de los 23 cromosomas presentes en el polocito del óvulo maduro, se observa que la frecuencia de óvulos con alteraciones cromosómicas numéricas es altísima y aumenta con la edad de la mujer (Crosby y cols., 2004) (Cuadro 1).

CUADRO 1: ANEUPLOIDÍA EN EL CORPÚSCULO POLAR (CP) Y EDAD DE LA MUJER

	< 35 años (%)	35-39 años (%)	≥ 40 años (%)
Nº de mujeres	27	14	8
Nº de biopsias	138	126	42
Nº de CP examinados	109	111	34
Nº de aneuploidías (%)	26 (23,9%)	34 (30,6%)*	23 (67,6%)*

* P < 0,0001.

Fuente: Crosby y cols.: “El Corpúsculo Polar: Implicancias Éticas”, 2004.

Lo que se aprende de estos estudios es que la eficiencia o ineficiencia reproductiva en nuestra especie está en gran medida determinada por la calidad de los óvulos que la mujer produce espontáneamente o luego de estimulación hormonal de la ovulación. Estos óvulos cromosómicamente anormales no impiden la fecundación pero producen embriones cromosómicamente anormales. Hoy se sabe que el 70% de los embriones producidos en mujeres de 36 años o más tienen alteraciones en el número de cromosomas (aneuploidías) que impiden su implantación o permanecen

implantados por cortos períodos (Gianaroli *et al.*, 2000). Por este motivo, la mayoría de los embriones generados en la naturaleza no se implantan o se pierden rápidamente después de la implantación. Una minoría sigue adelante y se pierde tardíamente. Un ejemplo de alteración cromosómica que logra seguir adelante, incluso hasta el nacimiento, lo constituye la trisomía del cromosoma 21 o “síndrome de Down”. El análisis cromosómico practicado en 609 abortos espontáneos ocurridos en la Clínica Las Condes demuestra que el 67% se debe a alteraciones numéricas en los cromosomas (Be *et al.*, 1997). Todas estas evidencias científicas confirman que las alteraciones cromosómicas presentes en los embriones —y que son parte de la matemática con que opera nuestra naturaleza— explican la mayoría de los abortos clínicos y subclínicos u ocultos.

Desde una perspectiva diferente, Wilcox y cols. (1995; 1998) estudiaron la probabilidad de embarazo en mujeres jóvenes y sanas que tenían sólo una relación sexual en el período fértil. Las mujeres que participaron en estos estudios llevaban registro de los días en que tenían relaciones sexuales y determinaban además el día de la ovulación midiendo hormonas en orina. Al igual que en los estudios señalados anteriormente, la eficiencia reproductiva aun en parejas probadamente fértiles es muy baja; y la frecuencia de pérdidas embrionarias ocultas es muy elevada (Cuadro 2). Es sorprendente que si una pareja sana tiene una relación sexual solamente en el día de la ovulación, la probabilidad de embarazo clínico no supera un 8% y la de tener un aborto subclínico excede el 50%.

De éste y otros estudios de fecundidad se concluye que: 1) la mujer es fértil sólo seis días en el mes; 2) de esos seis días, cinco ocurren antes de que haya un óvulo fecundable en la trompa y, por cierto, antes de que

CUADRO 2: PROBABILIDAD DE EMBARAZO DESPUÉS DE UN COITO ÚNICO

Día del coito relativo a la ovulación	Químico (%)	Clínico (%)
-6	0	0
-5	8	4
-4	17	13
-3	8	8
-2	36	27
-1	34	26
0	36	8
+1	0	0

Fuente: Wilcox y cols.: “Timing of Sexual Intercourse in Relation to Ovulation”, 1995; “Post-Ovulatory Ageing of the Human Oocyte and Embryo Failure”, 1998.

exista un embrión; 3) una relación sexual el día de la ovulación tiene una probabilidad natural de concepción de alrededor de 38%, sin embargo la probabilidad de embarazo clínico es tan sólo un 8%, el resto se pierde en forma oculta.

1.5. Eficiencia del LNG como anticonceptivo de emergencia

La eficiencia del LNG (Levonorgestrel), usado como AE, se ha calculado comparando el número de embarazos resultantes en mujeres que lo habían usado después de un coito no protegido, con el número de embarazos que se hubieran producido si no lo hubieran usado. Para saber cuántos embarazos se debieran haber producido, se usa como referencia de embarazos esperados los resultados que se muestran en el Cuadro 2. Sin embargo, al usar esta comparación no se puede obtener un cálculo real de la eficacia porque los resultados, es decir, los embarazos obtenidos o prevenidos con el AE, no se calculan del mismo modo. La probabilidad de embarazos en el grupo de referencia (los esperados) se obtuvo en parejas sanas y reconocidamente fértiles, en las cuales se pudo definir claramente el día en que tuvieron la relación sexual con respecto del día de la ovulación. En cambio en el grupo de mujeres que reciben LNG como AE (los prevenidos), el día de la ovulación se estima preguntándoles a las mujeres cuándo había sido la última regla y asumiendo por la longitud de los ciclos si el día de la relación sexual coincide o no con alguno de los días del período fértil. Es decir, los estudios de eficiencia del LNG asumen mediante cálculos muy imprecisos si las mujeres expuestas estaban o no en el período fértil al tener relaciones sexuales.

Además es importante considerar que a diferencia del grupo que se usa como referencia, las mujeres que solicitan el AE tienen: 1) una fecundidad desconocida y es razonable suponer que al menos un 8 a 12% de ellas son infértiles; 2) que la inmensa mayoría de ellas no saben si estaban o no en el período fértil al tener la relación sexual no protegida, y por lo tanto una gran proporción de mujeres toma el AE sin necesitarlo. La mayoría de las mujeres no saben cuándo ovulan y a menudo no recuerdan el día exacto de su última menstruación. De tal manera que el cálculo del riesgo de embarazo establecido mediante el interrogatorio a mujeres estresadas por el susto de un embarazo no deseado, es poco preciso y está lleno de errores (Espinos y cols., 1999); 3) las mujeres que solicitan AE no quieren embarazarse. De hecho, muchas de ellas tuvieron coitos interrumpidos y, en otros casos, ruptura o desplazamiento de un condón que en la mayoría de los casos posee una sustancia llamada nonoxinol, que mata los espermatozoides.

tozoides. Existen varios estudios que demuestran que en más del 40% de estos casos no se registra la presencia de espermatozoides móviles en el cuello uterino al momento de solicitar el AE (Senosiain y cols., 2001); es decir, son relaciones sexuales que de ninguna manera hubieran producido un embarazo. Si bien la eficiencia anticonceptiva publicada fluctúa entre 70 y 85% (Von Hertzen y cols., WHO, 2002), las consideraciones antes mencionadas son relevantes a la hora de medir la efectividad de los anticonceptivos de emergencia. Análisis detallados de estas consideraciones sugieren que la eficiencia de los AE es baja en comparación con otros métodos hormonales de uso regular, como los anticonceptivos que se toman diariamente y cuya eficiencia es de aproximadamente 99,6%. Es por esta eficiencia mucho menor que el LNG debe ser considerado sólo para uso de emergencia cuando otras formas de prevención del embarazo han fallado.

2. MECANISMO DE ACCIÓN DEL LEVONORGESTREL COMO AE

Antes de examinar los mecanismos de acción del Levonorgestrel (LNG), debe quedar claro que esta sustancia química es una progestina sintética que, al igual que otras de la misma familia, tiene acciones similares a la progesterona (P). Si se administra antes de la ovulación, al igual que la P natural, actúa como un antiestrógeno en el nivel periférico (inhibe las glándulas del endometrio y las glándulas del cuello uterino) y, en el nivel central, inhibe las descargas hormonales de la hipófisis. Si se administra después de la ovulación, debido a su gran afinidad con las glándulas endometriales, potencia el efecto de la P natural. Es por este efecto que por muchos años otras progestinas, como la medroxiprogesterona, se han usado en forma empírica, desde la ovulación en adelante, para facilitar la implantación embrionaria y evitar el aborto en mujeres que presentan abortos espontáneos repetidos. No existen evidencias científicas de que estos tratamientos tengan utilidad clínica; sin embargo, su uso por vía oral e inyectable es práctica frecuente entre ginecólogos hasta la actualidad. Por ello, si alguien quisiera diseñar un agente abortivo que impidiera la implantación embrionaria o alterara la arquitectura endometrial, no elegiría un agente progestacional como las progestinas sintéticas.

A continuación examinaré el mecanismo de acción del AE usado en diferentes momentos del ciclo de la mujer. Se entenderá por AE la sustancia que contiene LNG en dosis de 0,75 mg a ser usado por dos veces con un intervalo de 12 horas.

2.1. LNG durante la fase folicular

Si el LNG se administra en la “fase de reclutamiento folicular” ocurren fundamentalmente dos cosas:

1. Se retrasa la fase de reclutamiento folicular, retrasando proporcionalmente el momento de la ovulación o impidiendo que ésta ocurra.
2. El folículo elegido como dominante se reabsorbe en un proceso llamado atresia folicular. Esto puede ocasionar un pequeño sangrado que es el reflejo de que el endometrio perdió sustento hormonal. Que ocurra lo uno o lo otro depende del momento en el desarrollo folicular en que se administra el medicamento y también de diferencias entre una persona y otra.

Si el LNG se administra en la “fase de maduración folicular”, cercana a la ovulación, el efecto progestativo del LNG puede inhibir el crecimiento y maduración folicular, con lo que habitualmente se desencadena una atresia folicular. A diferencia del período anterior, lo habitual es que la ovulación se inhiba (aunque puede postergarse). También puede ocurrir un pequeño sangrado uterino semejante a una menstruación.

En una reciente investigación (Durand y cols., 2001), se administró LNG el día 10 del ciclo menstrual que corresponde a la fase inicial o media de maduración folicular. En 12 de 15 mujeres hubo inhibición de la ovulación (no hubo ruptura folicular ni fase lútea) y en otras tres mujeres se postergó la ovulación más allá del límite máximo de 6 días. El LNG administrado en la fase folicular tardía tiene la capacidad de interferir con el proceso ovulatorio, ya sea suprimiendo el pico de LH, la ruptura folicular o la luteinización. Hay otros componentes del proceso ovulatorio muy importantes, como la maduración somática y germinativa del óvulo (reactivación de la meiosis y eliminación de la mitad de la dotación cromosómica), que son dependientes del tiempo de exposición al LH (horas después del pico de LH) y de la cantidad de LH secretada por la hipófisis. Esto significa que aunque existan evidencias ecográficas de ovulación (ruptura folicular), si se ha inhibido el pico de LH lo más probable es que, de liberarse el óvulo, éste no sea fecundable.

Por ser el AE una progestina, su administración en la fase folicular, además, altera el moco cervical, impidiendo, retrasando o dificultando la migración espermática. Aquellos espermatozoides que, producto de un coito previo, ya estaban a la espera del óvulo en el cuello uterino o en la trompa de Falopio, se encuentran con la alteración de los fluidos de estos órganos, producida por el AE, lo que dificulta o impide su migración, y por consiguiente el encuentro con el óvulo y la fecundación (Kesseru *et al.*, 1973).

Las investigaciones realizadas en este período permiten certificar que el AE administrado en la fase de reclutamiento y maduración folicular altera el ciclo ovulatorio, inhibiendo o postergando la ovulación y alterando la capacidad migratoria y fecundante de los espermatozoides.

2.2. LNG durante el período ovulatorio

La ovulación normal es el proceso mediante el cual el ovario libera un óvulo fecundable. Para que esto ocurra, la hipófisis produce una señal con forma de pico hormonal (pico de LH) que al actuar sobre el ovario produce al menos cuatro efectos:

1. Libera al óvulo de su encierro en las células de la pared folicular y de esa manera el óvulo y las células que lo rodean quedan suspendidos en el fluido folicular.
2. Desencadena una cascada de eventos químicos y celulares que terminan por romper la pared folicular, permitiendo la liberación del óvulo. Este evento tiene lugar entre 24 y 48 horas después del pico de LH.
3. Provoca cambios en las células foliculares, las que disminuyen su producción de estrógeno e inician la producción de P que, como se dijo anteriormente, induce modificaciones en el cuello uterino, impidiendo la entrada de nuevos espermatozoides, y completa la maduración del endometrio preparándolo para la implantación embrionaria.
4. Induce cambios somáticos y cromosómicos en el óvulo que son necesarios para que, al encontrarse con los espermatozoides, éstos puedan penetrarlo e iniciar la fecundación. Si los óvulos no se exponen al pico de LH y a los cambios hormonales desencadenados posteriormente, no será fecundable o la fecundación será defectuosa.

Es necesario considerar que al referirse a la ovulación, algunos investigadores utilizan exclusivamente el marcador hormonal, es decir la documentación del pico de LH en la sangre u orina; otros utilizan la documentación ecográfica de que hubo ruptura folicular, otros requieren de ambos. En el estudio de Marions y cols. (2002) el tratamiento con LNG dos días antes del pico de LH suprimió el pico en 5 de 5 casos, pero en este estudio no se determinó si hubo o no ruptura folicular. Las biopsias de endometrio en estos casos demostraron alteraciones propias de una insuficiencia en la producción de P que es esperable al alterar los picos de LH y la consiguiente producción de P. Desde otra perspectiva, pero coherente

con lo anterior, el trabajo de Durand y cols. (2001), en que se detectó ruptura folicular por ecografía, el tratamiento dado dos, tres y cuatro días antes del pico de LH fue seguido de ruptura folicular y niveles significativamente disminuidos de progesterona en la fase lútea. Sin duda, los efectos del LNG sobre la ovulación parecen depender de la anticipación con que se administra y los tiempos relativos al inicio del pico de LH. Continuando con su línea de investigación, Marions y cols. (2004) intentaron aclarar las dudas generadas en su estudio previo. Para ello, administraron el LNG dos días antes de la ovulación detectada mediante la medición del pico de LH pero, a diferencia de su estudio anterior, siguieron mediante ultrasonografía los ovarios de las mujeres por varios días después del pico de LH. En este estudio se demostró que al postergar o inhibir el pico de LH, en mujeres expuestas al LNG, el folículo dominante o detuvo su desarrollo o simplemente continuó creciendo sin romperse. De esta manera demostraron que en esas condiciones no se liberaba el óvulo del ovario. Por último, Croxatto y cols. (en prensa), usando un elegante diseño metodológico de doble ciego cruzado, randomizado entre LNG y placebo, reafirman los hallazgos anteriores en el sentido de que el LNG aportado antes de la ovulación inhibe, retrasa o altera severamente la ovulación (pico de LH y/o ruptura folicular), lo que se traduce en ausencia de un óvulo fecundable en la trompa de Falopio.

2.3. LNG en el período posovulatorio

La polémica que se ha generado por el uso del AE en este período obedece a la creencia de que si ya existe un óvulo fecundado, el AE puede impedir su desarrollo antes de llegar al útero y/o alterar de tal manera el endometrio, que impida la implantación de un embrión que en ausencia del fármaco habría continuado su desarrollo.

AE y desarrollo embrionario

No existen estudios *in vitro* que evalúen el efecto del LNG en el desarrollo preimplantación de embriones humanos, sin embargo dos hechos hacen suponer que no afecta el devenir del embrión.

1. Se sabe que el LNG, a diferencia de las antiprogestinas, no produce aborto o interrupción de un embarazo clínico cuando el embrión ya implantado se expone al LNG.
2. Considerando que la mayoría de los embarazos ocurren cuando el AE es usado después de las 72 horas del coito, y que habitualmente

esto coincide con fases posovulatorias, es razonable concluir que en la mayoría de los embarazos con AE el embrión se ha expuesto al LNG durante su fase preimplantacional. No existen evidencias de que los embarazos que se producen como falla del método evolucionen en forma diferente de los embarazos en el grupo control que no estuvieron expuestos al LNG.

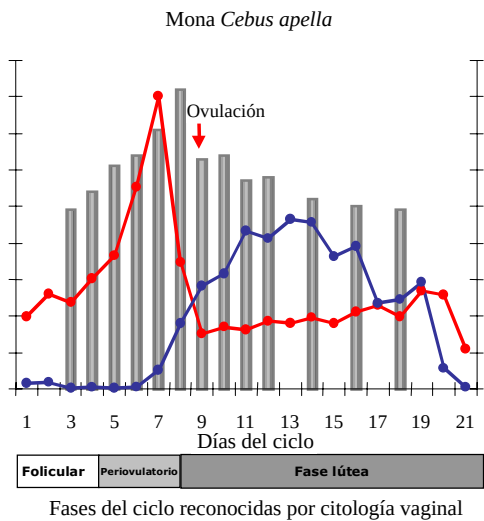
LNG y receptividad endometrial

Como se dijo anteriormente, es poco razonable asumir que el uso posovulatorio de una progestina afecte a un órgano que lo que necesita es su principio activo, la progesterona. El primer estudio que examinó histología endometrial en el período de la implantación, con LNG administrado en los diferentes tiempos después de la ovulación (Landgren, 1989), demostró que el LNG no afecta a la histología endometrial. Existen pocos estudios con adecuados grupos controles que examinen el endometrio expuesto a LNG después de la ovulación en las concentraciones usadas como AE, es decir, dos dosis de 0,75 mg de LNG separados por 12 horas. En el estudio de Marions y cols. (2002) se examinó la biopsia de endometrio tomada en el período de receptividad endometrial en tres mujeres que recibieron LNG dos días antes del pico de LH y en cuatro que lo recibieron dos días después del pico de LH. Se analizaron 8 parámetros morfológicos al microscopio de luz, uno morfológico al microscopio electrónico de barrido y 6 parámetros moleculares por inmunohistoquímica. Las diferencias observadas en relación con los ciclos controles de los mismos sujetos son prácticamente inexistentes.

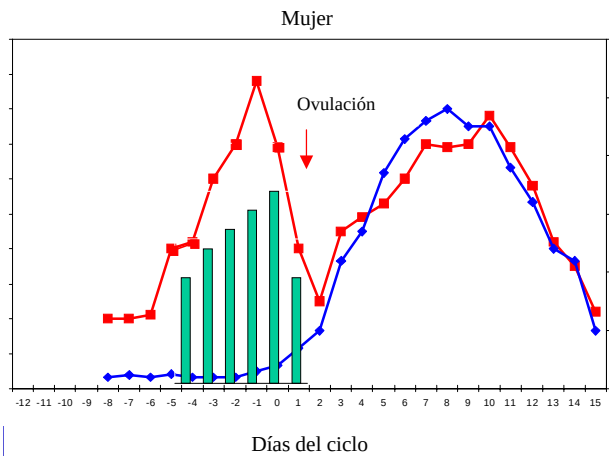
El estudio de Durand y cols. (2001) analiza 24 biopsias de endometrio obtenidas en ciclos en los que se administró LNG después de la ovulación (documentada por ruptura folicular mediante ultrasonido). No se encontró alteración morfológica de las glándulas endometriales, tampoco del estroma o sistema vascular espiralar.

Estos estudios permiten concluir que a la luz del conocimiento actual no hay evidencias que apoyen la idea de que el LNG usado como AE administrado después de la ovulación altere la funcionalidad endometrial e impida la implantación embrionaria. Existen otras observaciones de tejido endometrial obtenido en mujeres a las que se les administró LNG en dosis mucho mayores que las usadas en AE. Las alteraciones encontradas en esos experimentos son expresión de las concentraciones de la droga y su efecto farmacológico en el tejido endometrial.

GRÁFICO 1: CARACTERÍSTICAS DEL CICLO MENSTRUAL



Fuente: Ortiz, M. E. et al.: *Human Reproduction*, 2004.



Fuente: Zegers-Hochschild, F.: “The Normal Menstrual Cycle”, 1988.

En relación con el efecto del LNG sobre el embrión preimplantación propiamente tal, no hay pruebas directas en humanos que examinen si existe o no interferencia con la implantación de un óvulo fecundado o un embrión que se ha expuesto al LNG mientras se encuentra navegando a

través del fluido tubárico o uterino. Por razones de orden ético y de sentido común, nadie generaría embriones humanos con el sólo objeto de someterlos al LNG para ver si se afecta su desarrollo y si se implanta en un endometrio. Es por este motivo que Ortiz y cols. (2004) estudiaron el efecto del LNG administrado en presencia de un óvulo fecundado espontáneamente. El *Cebus apella* es un mono del Nuevo Mundo cuyo sistema reproductivo comparte muchas características con el de la mujer. En el Gráfico 1 se aprecia la semejanza en la dinámica hormonal, así como en la relación entre los picos hormonales de LH y la ovulación de ambas especies. En este estudio a las monas se les administró LNG en las mismas dosis que se usan como AE en la mujer. Los resultados muestran sin lugar a dudas que el LNG administrado en dosis que fueron capaces de suprimir o postergar la ovulación, no afectó la implantación embrionaria cuando el LNG se administró después de la cópula y de la ovulación, es decir cuando ya existía un óvulo fecundado. El porcentaje de hembras preñadas con y sin LNG fue el mismo.

De esta manera, la información científica sustenta con bastante fuerza que el LNG administrado después de la ovulación no afecta el establecimiento del embarazo y por lo tanto es inefectivo en prevenir que un embrión normalmente constituido se implante en el endometrio.

El conocimiento científico actual relativo al mecanismo de acción del LNG me permite concluir que el LNG 0,75 mg actúa postergando, alterando o inhibiendo la ovulación; alterando o impidiendo la migración espermática y la fecundación. Sin duda, al igual que en la naturaleza, que se expresa en forma espontánea, habrá pérdidas embrionarias espontáneas. Sin embargo, no hay evidencias científicas que puedan sostener que el LNG usado como AE sea responsable de abortos o impida la implantación de embriones normales.

BIBLIOGRAFÍA

- Battaglia, D. E., P. Goodwin, N. A. Klein y M. R. Soules: "Influence of Maternal Age on Meiotic Spindle Assembly in Oocytes from Naturally Cycling Women". En *Human Reproduction*, 1996, octubre; 11 (10): 2217-22.
- Be, C., P. Velásquez y R. Youlton: "Spontaneous Abortion: Cytogenetic Study of 609 Cases". En *Revista Médica de Chile*, 1997, marzo; 125 (3): 317-22.
- Crosby, J. y cols.: "El Corpúsculo Polar, Implicancias Éticas". IFFS 18th World Congress on Fertility and Sterility. 23-28 mayo, 2004. Montreal, Canadá.
- Croxatto, H. B., V. Brache, M. Pavez, L. Cochon, M. L. Forcelledo, F. Álvarez, R. Massai, A. Faundes y A. M. Salvatierra: "Pituitary-Ovarian Function Following the Standard Levonorgestrel Emergency Contraceptive Dose or a Single 0.75mg Dose Given on the Days Preceding Ovulation" (en prensa).

- Durand, M., M. Cravioto, E. Raymond, O. Durán-Sánchez, M. Cruz-Hinojosa, A. Castell-Rodríguez, R. Schiavon y F. Larrea: "On the Mechanisms of Action of Short-Term Levonorgestrel Administration in Emergency Contraception". En *Contraception*, 2001, 64: 227-234.
- Espinos, J., J. Rodríguez-Espinosa, R. Senosiain, M. Aura, C. Vanrell, M. Gispert, C. Vega y J. Calaf: "The Role of Matching Menstrual Data with Hormonal Measurements in Evaluating Effectiveness of Postcoital Contraception". En *Contraception*, 1999, 60: 243-247.
- Gianaroli, L., M. C. Magli, A. P. Ferraretti, *et al.*: "Aneuploidy Detection in ART". 10th International Congress on Prenatal Diagnosis and Therapy, Barcelona, 19-21, junio, 2000.
- Kesseru, E., A. Larrañaga y J. Parada: "Post Coital Contraception with DL-Norgestrel". En *Contraception*, 1973, 7: 367-79.
- Landgren, B. M., E. Johannisson, A-R. Aedo, A. Kumar y S. Yong-en: "The Effect of Levonorgestrel Administered in Large Doses at Different Stages of the Cycle on Ovarian Function and Endometrial Morphology". En *Contraception*, 1989, 39: 275-89.
- Marions, L., K. Gemzell, K. Hultenby, I. Lindell, X. Sun, B. Stabi y M. Bygdeman: "Emergency Contraception with Levonorgestrel and Mifepristone: Mechanism of Action". En *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 2002, 100 (1): 65-71.
- Marions, L., S. Cekan, M. Rygdeman y K. Gemzell-Danielsson: "Effect of Emergency Contraception with Levonorgestrel or Mifepristone on Ovarian Function". En *Contraception*, 2004, 69: 73-377.
- Munné, S., S. Sepúlveda, J. Balmaceda, E. Fernández, C. Fabres, A. Mackenna, T. López, J. A. Crosby y F. Zegers-Hochschild: "Selection of the Most Common Chromosome Abnormalities in Oocytes Prior to ICSI". En *Prenat Diagn*, 2000, julio; 20 (7): 582-6.
- Ortiz, M. E., R. E. Ortiz, M. A. Fuentes, V. H. Parraguez y H. B. Croxatto: "Post-Coital Administration of Levonorgestrel Does Not Interfere With Post-Fertilization Events in the New-World Monkey *Cebus apella*". En *Human Reproduction*, avance publicado en abril 22, 2004.
- Senosiain, R., A. Matas, C. Vanrell, S. Peon, I. Mazzanti, M. Gou, M. González, J. Espinos, L. Bassas y J. Calaf: "¿Cuál es el Grado de Exposición Seminal en las Parejas que Solicitan Contracepción Postcoital?" Resúmenes, Cuarto Congreso de la Société Européenne de Gynécologie, Barcelona 25-27 octubre, 2001.
- Von Hertzen, H., G. Piaggio, J. Ding, J. Chen, S. Song, G. Bártfai, E. Ng, K. Gemzell-Danielsson, A. Oyunbileg, S. Wu, W. Cheng, F. Lüdicke, A. Pretnar-Darovec, R. Kirkman, S. Mittal, A. Khomassuridze, D. Apter y A. Peregoudov (para el WHO Research Group on Post-ovulatory Methods of Fertility Regulation): "Low Dose Mifepristone and Two Regimens of Levonorgestrel for Emergency Contraception: A WHO Multicentre Randomized Trial". En *The Lancet*, 2002, 360: 1803-1810.
- Wilcox, A., C. Weinberg y D. Baird: "Timing of Sexual Intercourse in Relation to Ovulation". En *The New England Journal of Medicine*, 1995, 333 (23): 1517-1521.
- Wilcox, A., C. Weinberg y D. Baird: "Post-Ovulatory Ageing of the Human Oocyte and Embryo Failure". En *Human Reproduction*, 1998, 13 (2): 394-397.
- Zegers-Hochschild, F.: "The Normal Menstrual Cycle". En P. J. Rowe y E. M. Vikhlyayeva (eds.), *Diagnosis and Treatment of Infertility*. World Health Organization, Hans Huber Publishers, 1988; 137-146.
- Zegers-Hochschild, F., C. Fabres y E. Altieri: "Aborto Sub Clínico y Clínico en Fertilización Asistida". En *Revista Latinoamericana de Esterilidad y Fertilidad*, 1992, Vol. 6 (3): 107-110. ☐

CONTRACEPCIÓN DE EMERGENCIA*

Enrique Oyarzún

En este artículo se resumen definiciones y conceptos generales en relación con el inicio de la vida y con aspectos fisiológicos del proceso reproductivo humano. Se explica el concepto de abortos o pérdidas embrionarias precoces, así como las dificultades que existen para cuantificarlas. A la luz de los aspectos analizados, se describen posteriormente las razones por las cuales se considera que la llamada “píldora del día después” o contracepción de emergencia puede ser abortiva. Tales argumentos se basan en los efectos descritos sobre el endometrio (mucosa uterina donde se implanta el huevo fecundado), y por la eficacia contraceptiva del método, sólo explicable si además de otros mecanismos de acción, impide también la implantación. A su vez, se destaca la postura de las instituciones católicas frente al tema, y se plantea la necesidad de que sea la paciente, adecuadamente informada, la que finalmente decida si va a utilizar o no la contracepción de emergencia.

ENRIQUE OYARZÚN EBENSPERGER. Médico cirujano de la Universidad de Chile. Magíster en Obstetricia y Ginecología de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Estudios postdoctorales de medicina materno fetal en Yale University. Profesor adjunto del Depto. de Obstetricia y Ginecología y Jefe del Depto. de Obstetricia y Ginecología de la P. Universidad Católica de Chile. Presidente de la Sociedad Chilena de Obstetricia y Ginecología. Autor de los libros *Alto Riesgo Obstétrico* y *Ultrasonografía en Obstetricia*, y de numerosos artículos en publicaciones nacionales y extranjeras. Editor correspondiente para América Latina del *American Journal of Obstetrics and Gynecology*.

* Texto de la ponencia presentada en el seminario “Los efectos de la píldora del día después”, que se realizó en el Centro de Estudios Públicos el 2 de junio de 2004. Véanse asimismo en esta edición la ponencia del doctor Fernando Zegers, los artículos de los profesores de derecho Antonio Bascuñán y Arturo Fermandois, y el *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate” (N. del E.).

Inicio de la vida: Definiciones y conceptos generales

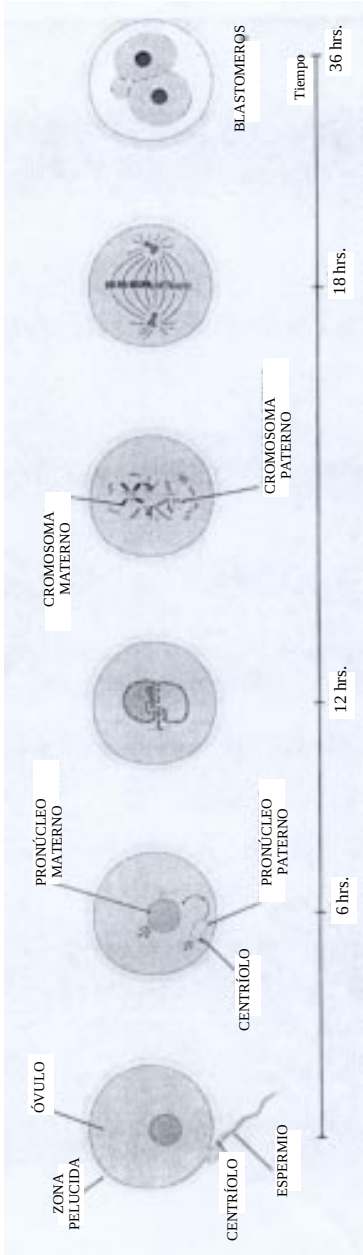
Un nuevo individuo de la especie humana inicia su existencia en el momento en que el óvulo, la célula germinal femenina, es fecundado por un espermio, la célula germinal masculina. Este proceso de fecundación, fertilización o concepción ocurre cuando la membrana plasmática del espermio se fusiona con la membrana plasmática del óvulo, lo que permite que los núcleos de ambas células queden incluidos en una nueva célula individual, el cigoto o huevo fecundado. Es en la suma de estos dos núcleos donde reside el material de la herencia que va a aportar la información biológica a cada uno de los billones de células que constituirán el cuerpo de un niño recién nacido y, más adelante, el de un sujeto adulto.

En la fecundación, entonces, los gametos (óvulo y espermio), que son células altamente especializadas, cada una con 23 cromosomas, se unen y forman una nueva entidad biológica (el cigoto), punto de partida de un nuevo organismo humano, con 46 cromosomas, que representa un nuevo código genético, diferente al del padre y de la madre. Este nuevo genoma se mantendrá a lo largo de todo el desarrollo, identificando al embrión unicelular como biológicamente humano y especificando su individualidad.

La biología celular nos ha enseñado que luego de fusionarse la membrana del espermatozoide con la del óvulo comienzan una serie de eventos bioquímicos que desencadenan el desarrollo embrionario. Entre los primeros eventos bioquímicos relacionados temporalmente con la fecundación destacan: un gran flujo de iones hacia el óvulo que produce cambios en la carga eléctrica de la membrana del óvulo, el intercambio de proteínas presentes en el ADN del pronúcleo paterno por histonas presentes en el citoplasma del óvulo, la síntesis de ADN en cada pronúcleo materno y paterno por separado. Más aún, genes del genoma del embrión pueden expresarse pocas horas después de la fecundación. Todas estas evidencias científicas confirman que en el momento de la fecundación se inicia el funcionamiento de un organismo humano (Figura 1).

El cigoto mide aproximadamente la séptima parte de un milímetro (0,13 mm) y es apenas visible a simple vista. Su desarrollo, hasta llegar a constituir un individuo adulto, con toda su enorme complejidad, es uno de los fenómenos más prodigiosos que se conocen. Sin embargo, a lo largo de todo este proceso es el mismo individuo, el mismo ser humano, quien va cambiando su forma y su tamaño de modo continuo.

FIGURA 1: ETAPAS INICIALES DEL DESARROLLO DE UN SER HUMANO



Inmediatamente producida la fusión de la membrana del espermatozoide con la del óvulo, se desencadena una serie de eventos biológicos encadenados y sucesivos que evidencian el inicio del desarrollo de un ser humano y que biológicamente se denomina cigoto: cambio del potencial de membrana, aumento del ion Calcio intracelular, transformaciones del núcleo del espermio —que llevan a producir el pronúcleo masculino— (desintegración de la membrana nuclear, descondensación del material genético y su recondensación utilizando histonas maternas, expresión de genes del cromosoma Y), síntesis de ADN en ambos pronúcleos por separado, acercamiento de los pronúcleos (sin “singamia”) y finalmente, la primera división celular (basado en Alberts y otros: *Molecular Biology of the Cell*, 1994, y Gianaroli y otros: “Atlas of Embryology”, diciembre 2000).

Todos los especialistas en desarrollo humano, los embriólogos, están de acuerdo en que el comienzo de un nuevo individuo humano comienza con la fecundación (W. J. Larson, 1997; B. Carlson, 1998).

En años recientes se han generado controversias en relación a la definición del inicio de la vida, porque la Organización Mundial de la Salud (OMS) adoptó la redefinición de embarazo del American College of Obstetricians and Gynecologists en 1970: “Con el término embarazo se indica el período comprendido entre la anidación del embrión en el útero y el parto”. Esta definición conlleva, de forma implícita, que la existencia individual del embrión sólo comienza con la implantación, lo que ocurre casi una semana después de la fecundación. La decisión de la OMS parece haber sido influida por el comienzo de la fertilización *in vitro*, y también por las discusiones que se generaron en algunos países respecto a los mecanismos de acción de algunos métodos contraceptivos (Conference Population Council, 1964).

Veamos ahora qué ocurrió con el concepto de aborto. Como éste se definía como la interrupción del embarazo antes de la viabilidad fetal, con la nueva definición de embarazo queda fuera de la categoría de aborto la eliminación o pérdida de embriones entre la fecundación y su anidación en el útero. De ahí que para quienes adoptan esta terminología no sean abortivos aquellos métodos contraceptivos que actúan antes de la implantación, pues no interrumpirían el embarazo así definido.

La reflexión anterior importa, porque si bien puede parecer que hablamos de definiciones semánticas, ellas modifican lo que se llama un nuevo organismo humano. El cuándo considere uno que comienza la vida es decisivo para la gravedad que se le dé a la pérdida de embriones antes de la implantación. Esto repercute en otros temas bioéticos de actualidad como es la experimentación con embriones humanos. Muchos países ya han aceptado en sus legislaciones estas acciones y han asumido que la vida del embrión previa a la implantación no sería todavía la de un nuevo ser humano o no merecería un respeto incondicional. Otros han ido más allá: afirman que el respeto a un ser humano está condicionado a su estado de desarrollo o a su capacidad de expresar sus potencialidades completamente. Con esto se ha justificado el aborto en los primeros meses de embarazo, en algunos países hasta las 23 semanas, y en otros se acepta incluso el llamado aborto tardío, que se realiza cuando el feto está por nacer.

Hay quienes dicen que para ser propiamente humano se necesita la autoconciencia y un sistema nervioso funcionando, el cual comienza a aparecer recién a los 19 días de la fecundación y se completa sólo después del nacimiento. De ello podría deducirse que quienes carecen de conciencia

neuroológica no son personas. Ello podría aplicarse a quienes están en un coma profundo pero reversible, a quienes están bajo anestesia general o a quienes están en una etapa profunda del sueño, lo que es manifiestamente absurdo, ya que todos ellos recobrarán la conciencia. Igualmente absurdo es suponer que uno de los seres humanos en gestación, que llegará en un plazo conocido a tener conciencia neurológica, no es persona. También se ha dicho que como el embrión humano no tiene forma humana no puede ser humano. Este argumento es erróneo, ya que no puede tomarse la forma de un ser humano adulto como la única forma humana. De hecho, no existe una única forma humana sino que ella va variando a lo largo de la vida. Lo que sí es única y propiamente humana es la información, la potencialidad que se va actualizando en las diversas edades del hombre.

Todas las decisiones descritas tienen un factor común: la vida del ser humano es valorada en forma condicional, lo que supone un cambio cultural de proporciones. La cultura de la vida le abre paso a la cultura de la muerte.

Fisiología de la reproducción

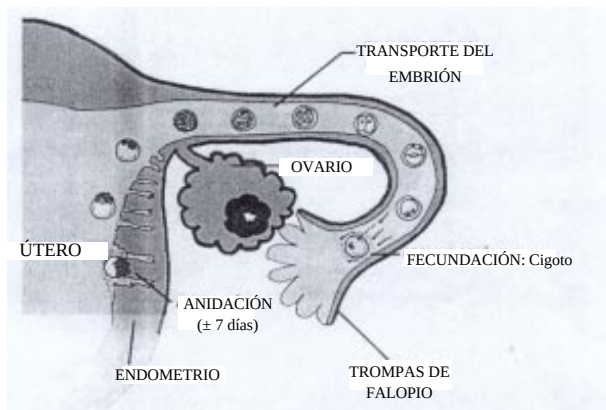
Durante el acto sexual un hombre normal deposita unos 100 a 200 millones de espermios, incluso más, en la vagina de la mujer. Luego, una parte de ellos se introduce en el cuello del útero, el cual se constituye en un reservorio de espermios, los cuales conservan durante 5 a 6 días su capacidad de fecundar al óvulo. Desde este reservorio los espermios ascienden, primero al cuerpo del útero y luego a las trompas, para pasar finalmente a la cavidad peritoneal. La llegada de los espermios a las trompas, el lugar donde se produce la fecundación, es muy rápida: ya a los 5 minutos de terminado el acto sexual se los ha encontrado allí, aunque se considera que estos espermios rápidos no son capaces de fecundar, lo que ocurre recién a las 3 ó 4 horas después de que los espermios han sufrido el proceso de capacitación.

En la mujer, el óvulo, generalmente único, madura y sale del ovario solamente una vez durante cada ciclo menstrual. Este ciclo o tiempo, que media entre el comienzo de una menstruación y la siguiente, dura generalmente 28 días, aunque varía bastante entre diversas mujeres, e incluso para una misma mujer cuando sus ciclos son irregulares. El momento de la ovulación, que también es variable, suele ser en la mitad del ciclo, es decir, en el día 14 de un ciclo de 28 días. Cuando se trata de ciclos irregulares, la ovulación ocurre siempre 14 días antes de la menstruación.

La ovulación, que se ha ido preparando por múltiples mecanismos hormonales, es inducida por un considerable aumento en la secreción de la hormona luteinizante, o LH, de la hipófisis, pequeña glándula situada en la base del cerebro. Este aumento, conocido como pico de LH, antecede aproximadamente en un día a la ovulación. El óvulo producido por el ovario es captado por la trompa, en cuyo tercio distal se produce, eventualmente, la fecundación, la unión con un solo espermio y el comienzo de una nueva vida humana.

De no fecundarse en un plazo de 12 a 24 horas, el óvulo degenera y muere. Pero al realizarse la unión con el espermio, el huevo fecundado comienza su proceso de desarrollo, multiplicando el número de sus células y sufriendo un complejo proceso de maduración que lo llevará al estado de blastocisto, con unas 120 células, y a ser capaz de implantarse o anidar en la capa más interna del útero, el endometrio, lo que le permitirá seguir su desarrollo hasta el nacimiento. En esta maduración tienen también gran importancia los factores tróficos y nutritivos que la madre le entrega al embrión antes de la implantación, a través del líquido uterino. Junto con este proceso de maduración, el embrión humano es transportado por las trompas hasta llegar al cuerpo uterino, que es el lugar donde ocurre la implantación (Figura 2).

FIGURA 2: PRIMERAS ETAPAS DE DESARROLLO DEL SER HUMANO: DE LA FECUNDACIÓN A LA ANIDACIÓN DEL EMBRIÓN



El óvulo fecundado (cigoto) es transportado activamente por las trompas hasta el útero donde se anida alrededor del 6° a 7° día. En este período en el embrión hay división y diferenciación celular. Se estudia la compleja interacción que se establece entre el embrión y la madre en esta etapa, la cual resulta en una preparación del endometrio para la anidación.

La implantación del embrión humano ocurre cuando éste tiene unos 7 días de edad, es decir, aproximadamente en el día 21 del ciclo menstrual. Para que ello suceda, el endometrio, a su vez, sufre un complejo proceso de maduración, inducido por la acción de las hormonas ováricas estradiol y progesterona y de múltiples otros factores menos conocidos, entre los cuales se contarían al menos 18 productos del embrión mismo. Esta aptitud del endometrio de permitir la anidación, que depende de la acción sincronizada de múltiples procesos bioquímicos, aún poco conocidos, dura sólo unos 5 días, entre los días 20 y 24 del ciclo, y se conoce con el nombre de “ventana” de implantación.

Vemos, entonces, que para que ocurra la implantación y el ulterior desarrollo prenatal del ser humano deben darse en forma altamente sincronizada tres procesos: la maduración del embrión, su transporte hasta el lugar de la implantación y la preparación del endometrio que lo hace receptivo. Una falla en cualquiera de estos procesos impedirá la implantación.

En un estudio que por la solidez de sus datos se ha convertido en clásico, Wilcox y cols., del Instituto Nacional de Ciencias Ambientales de los Estados Unidos, estudiaron en 217 mujeres sanas, durante un total de 625 ciclos ovulatorios, cuál era la relación entre el momento de la relación sexual y el día de la ovulación en cuanto a su efecto sobre la probabilidad de que se produjera un embarazo. Los hallazgos revelaron que si la relación sexual ocurría en el día mismo de la ovulación o en los dos días inmediatamente anteriores a ésta, la probabilidad (P) de embarazo era aproximadamente de un 30%. Si la relación ocurría 3 o 4 días antes de la ovulación, la P disminuía a 15%, y si el intervalo era de 5 días, la P bajaba a 10%. En cambio, si la relación se efectuaba 6 ó más días antes de la ovulación, o bien uno o más días después de ésta, no se observaban embarazos. Esto se ha interpretado como debido a que la capacidad fecundante de los espermios dura un máximo de 6 días, y ella es óptima durante 3 días. En cambio el óvulo, si no es fecundado antes de 12 a 24 horas después del momento de la ovulación, pierde la capacidad de unirse con el espermio, degenera y es eliminado en la siguiente menstruación. (A. J. Wilcox, C. R. Weinberg, D. D. Baird, 1995).

Abortos precoces

No es fácil diagnosticar los embarazos que se pierden antes de la implantación, porque hasta ahora el embarazo sólo puede ser diagnosticado con posterioridad a ella (producción de hormona gonadotropina coriónica,

que se detecta en las pruebas de embarazo). Hay dificultades metodológicas, por lo tanto, para la demostración de abortos antes de la implantación. No existe hasta hoy un método que permita diagnosticar un embarazo antes de la implantación, y, por otra parte, la metodología para encontrar huevos fecundados antes de producirse el atraso menstrual presenta no sólo dificultades técnicas, sino serios reparos éticos.

La primera observación de abortos precoces (antes de la implantación) en humanos surge a partir de los trabajos de Hertig *et al.* (A.T. Hertig, J. Rock y E. C. Adams, 1956). Los autores estudiaron úteros de mujeres en edad fértil sometidas a histerectomía (extirpación del útero) por razones ginecológicas. Estas mujeres se encontraban sin métodos anticonceptivos y no se les desincentivó de tener vida sexual con anterioridad a la cirugía. Por el contrario, se les solicitó que llevaran registro escrito de sus menstruaciones y de los episodios de actividad sexual. En esas condiciones, de 107 mujeres en que los autores supusieron que podían encontrar huevos en fases iniciales (al momento de la cirugía) hallaron en 34 de ellas un huevo fecundado. En 10 de los huevos se encontró que había anomalías severas a la microscopía de luz ($10/34 = 29\%$) que hacían presumir que se abortarían antes incluso de presentarse atraso menstrual.

Con posterioridad a esos trabajos, Roberts y Lowe (1975) presentan un modelo teórico con el cual pretendían evaluar la tasa de abortos espontáneos en mujeres inglesas y galesas entre 20 y 29 años. Los autores concluyen que en un total de casi 2 millones y medio de mujeres de entre 20 y 29 años habría un total de 253 millones de coitos anuales, de los cuales algo más de 63 millones serían no protegidos, y de los cuales a su vez algo más de 4 millones serían alrededor de la ovulación (se ignora completamente cómo lograron deducir tales cifras). De lo anterior se desprende que algo más de dos millones de coitos resultarían en fertilización. Ahora bien, dado que los partos anuales en esa población serían algo más de quinientos mil, el número de abortos estaría dado por la diferencia entre los partos y los algo más de dos millones de supuestos embarazos que deberían haber resultado. La tasa de pérdidas fetales resultante, para los autores, asciende a 78%. Es interesante que este trabajo, con tan escasa base experimental, aparezca citado frecuentemente en la literatura anglosajona como referencia al número de abortos espontáneos inaparentes.

Existe un tercer trabajo que evalúa los posibles abortos antes de la implantación, pero que se refiere a usuarias de dispositivos intrauterinos (F. Álvarez, V. Brache, E. Fernández *et al.*, 1988). Estos autores estudiaron 56 usuarias de DIU que solicitaron esterilización y 115 mujeres sin métodos anticonceptivos que solicitaron esterilización (grupo control). Al grupo

control se le solicitó no tener vida sexual durante el período ovulatorio. Con LH urinario se programó la cirugía postovulación. Con técnica descrita por H. Croxatto se lavaron las trompas y la cavidad uterina después de la intervención.

Los huevos encontrados se clasificaron en normales (fertilizados), no desarrollados, y de categoría incierta. Los hallazgos demostraron 0 huevos en útero de las usuarias de DIU, y 4 en las 115 mujeres controles. En cuanto a las trompas, 64 mujeres (56%) del grupo control *versus* 22 mujeres (39%) usuarias de DIU (NS) presentaron uno o más huevos. De los huevos encontrados, 10 de 20 en las mujeres del grupo control y 0 de 14 en las usuarias de DIU fueron clasificados como normales ($p < 0,05$).

Con relación a los abortos bioquímicos o subclínicos con posterioridad a la implantación, existe gran variabilidad en los reportes hechos a expensas de medición de la hormona gonadotropina coriónica en orina o en sangre materna, pero esos resultados pueden revisarse en otra oportunidad (E. Oyarzún y A. Serani, 1994).

Contracepción de emergencia

La llamada “contracepción de emergencia” se refiere a un tipo particular de contracepción, usada como un procedimiento de emergencia para evitar el embarazo después de una relación sexual “no protegida” ocurrida en un período posiblemente fértil. Se trata, por lo tanto, de un procedimiento unitario y no pretende ser un método contraceptivo permanente. Su uso es poscoital, y su objetivo es evitar el embarazo. En la definición se incluyen, por lo tanto, todos los procedimientos que pueden ser usados hasta el momento de la menstruación siguiente. De hecho, el mejor de los métodos de emergencia probablemente sea la inserción de un dispositivo intrauterino con posterioridad a la relación sexual posiblemente fértil.

En meses y años recientes, nuestro país ha vivido una polémica respecto a la decisión del Ministerio de Salud de Chile de distribuir la llamada “píldora del día después” o contracepción de emergencia, en la forma de un preparado oral (Levonorgestrel) en los servicios de urgencia del país. Lo anterior permitiría que mujeres que hubiesen sido violadas o que hubiesen tenido relaciones sexuales no protegidas en un momento potencialmente fértil de su ciclo, accediesen a la posibilidad de impedir un embarazo no deseado.

La polémica se ha centrado en resolver si este fármaco pudiese o no afectar la vida de un nuevo ser humano, en a quién corresponde la decisión

de utilizarlo, y en el hecho de que la solvencia económica sería el factor que permitiría que algunos lo utilizaran y otros no (de modo que la decisión ministerial solucionaría además un problema de equidad). La principal discusión se refiere, sin embargo, a si hay certeza o no de que el fármaco afecte la implantación del embrión, porque si la afectase significaría la eliminación de una vida humana.

Hasta avanzada la segunda parte de la década de los 90, la mayor parte de los autores que publicaron revisiones al respecto, señalan que las modificaciones endometriales encontradas en algunos trabajos constituyen quizás el principal mecanismo de acción de la “píldora del día después”. Aún más, una guía para la salud reproductiva recientemente publicada en los Estados Unidos (R. A. Hatcher, M. Ziemann *et al.*, 2004) afirma lo siguiente: “Cada uno de los métodos disponibles en los Estados Unidos reduce el riesgo de embarazo y ninguno causa aborto. El aborto interrumpe el embarazo después que el huevo fertilizado se implanta en el útero (esta es la definición médica de embarazo); *la anticoncepción de emergencia previene la ovulación o la implantación*”.

Dos han sido los fármacos más frecuentemente utilizados como contracepción de emergencia en los últimos años: el Levonorgestrel (derivado de progesterona) y la asociación de Levonorgestrel (LNG) y Etinil Estradiol (habitualmente administrados bajo la forma de un anticonceptivo oral en dosis y frecuencia mayor de lo habitual). La evidencia hoy disponible muestra que el Levonorgestrel es más eficiente y tiene menos efectos laterales. Lo anterior es importante, porque con la asociación de estrógenos y progesterona existen más efectos digestivos y existen reportes aislados de accidentes vasculares encefálicos.

La eficacia de la contracepción de emergencia ha sido estimada comparando el número de embarazos observados *versus* los esperados si el tratamiento no se hubiese prescrito. Lo anterior es posible porque la posibilidad de embarazo ha sido estimada para los diferentes días del ciclo, como lo señalamos antes. Con esta aproximación, se ha estimado una tasa de embarazos entre 0 y 2%.

Los estudios que han examinado los mecanismos de acción de la contracepción de emergencia se han concentrado en su acción sobre la ovulación, sobre la fertilización y sobre la implantación. Con relación a su influencia sobre la ovulación, la evidencia hoy disponible muestra que el Levonorgestrel no bloquea la ovulación si se administra en el día en que ella ocurre o en los dos días anteriores, pero sí la bloquea o altera cuando se administra 48 horas antes de que ella suceda. La inhibición de la ovulación es el mecanismo mejor y más estudiado respecto de la contracepción

TABLA 1: EMBARAZOS ESPERADOS Y OBSERVADOS EN 975 MUJERES QUE TOMARON LNG, SEGÚN TIEMPO ENTRE LA OVULACIÓN Y RELACIÓN SEXUAL

	Total 975 m	ov < 1 d 452 m	ov + 1 d 244 m	ov > 1 d 279 m
Embarazos esperados	75	38	33	4
Embarazos con LNG	11	6	4	1
% de disminución	85%	84%	88%	75%

Fuente: WHO Task Force on Post-Ovulatory Methods of Fertility Regulation: “Randomized Controlled Trial of Levonorgestrel Versus the Yusep Regimen of Combined Oral Contraceptives for Emergency Contraception”, 1998, pp. 428-33.

de emergencia. Aun cuando se acepte que tal mecanismo opera hasta en el 80% de los casos, esto no podría, sin embargo, explicar la disminución del número de embarazos que se observa cuando la relación sexual tiene lugar en el día de la ovulación o después. De hecho, los trabajos disponibles muestran que si se administra LNG entre 25 y 48 horas después de la relación sexual, los embarazos se previenen en un 85%. Si la relación ocurre en el día supuesto de ovulación, el LNG, que ya no podría inhibir la ovulación, previene el embarazo en 88,9% de los casos. Si la relación tuvo lugar un día después del previsto para la ovulación, la prevención es del 76,7%. Como los espermios llegan en poco tiempo al lugar de la fecundación, y al menos la mitad de las pacientes que solicitan contracepción de emergencia lo hacen un día después de la relación sexual, no es posible que los efectos descritos sean atribuibles a un impedimento únicamente de la fecundación (Tabla 1).

Con relación a su influencia sobre la fertilización, el estudio más importante es el de Kesserü *et al.* (E. Kesserü, F. Garmendia, N. Westphal y J. Parada, 1974), que demostró que la administración de Levonorgestrel entre 3 y 10 horas después de una relación sexual se asoció a: espesamiento del moco cervical, disminución del número de espermatozoides recuperados de la cavidad uterina y reducción de la motilidad de los espermatozoides. Sin embargo, el mismo trabajo mostró que la penetración de los espermios en el cuello uterino disminuía recién a las 9 horas después de la administración. Lo anterior es significativo, porque 8 horas después de una relación sexual ya pueden recuperarse espermatozoides de ambas trompas.

Por otra parte, ya mencionamos que la mayoría de las mujeres solicitan el medicamento con posterioridad a las 24 horas post relación sexual.

Con relación a la acción sobre la implantación es donde existe mayor controversia, porque algunos trabajos han encontrado efectos sobre la estructura y/o función del endometrio y otros no los han encontrado. Los efectos descritos sobre el endometrio son de magnitud tal que impedirían la anidación del huevo en la cavidad uterina (Tabla 2).

TABLA 2: EFECTOS SOBRE LA ESTRUCTURA Y/O FUNCIÓN DEL ENDOMETRIO

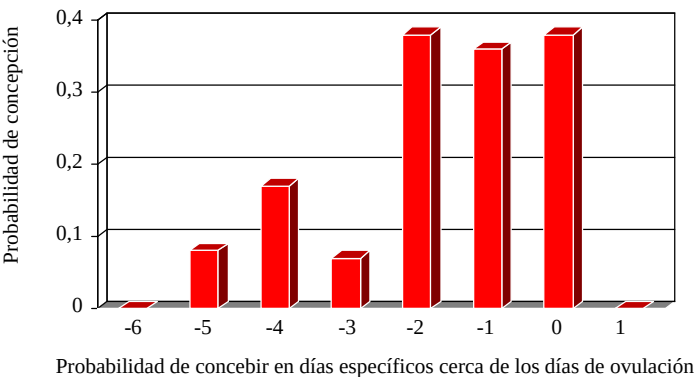
Encuentran alteraciones:		
Yuspe (1974)	Koch (1985)	Raymond (2000)
Kesserü (1974)	Kubba (1986)	Wu (2001)
Nilsson (1980)	Landgren (1989)	Hapangama (2001)
Ling (1979 y 1983)	Young (1994)	Ugocsai (2002).
No encuentran alteraciones:		
Taskin (1994)	Raymond (2000)	Marions (2002).
Swahn (1996)	Durand (2001)	

Finalmente, algunos estudios en ratas y en monos han pretendido demostrar que el Levonorgestrel no alteraría los eventos biológicos posteriores a la fertilización (A. L. Müller, C. M. Llados, H. B. Croxatto, 2003; M. E. Ortiz, R. E. Ortiz, M. A. Fuentes *et al.*, 2004).

En definitiva, la argumentación respecto a que la llamada contracepción de emergencia puede ser abortiva está basada en dos elementos: por una parte, los efectos endometriales descritos y no completamente dilucidados (dada la discrepancia entre los distintos trabajos publicados); y, por otra parte, el hecho de que estadísticamente el éxito logrado con su uso en términos de prevención de embarazo no es explicable por el solo efecto antiovlutorio descrito.

La Figura 3 ilustra la probabilidad de concebir por una relación sexual única en el período fértil según los datos de Wilcox. La mujer es fértil, entonces, durante 6 días: el día de la ovulación y los 5 días anteriores. Aun aceptando que el día exacto de la ovulación es variable en la mujer, no es posible aceptar que el mecanismo inhibitorio de la ovulación sea lo que explique la alta eficacia demostrada con la contracepción de emergencia en los trabajos más importantes hoy publicados, eficacia que se prolonga incluso hasta 5 días después de la ovulación (Tabla 3).

FIGURA 3: PROBABILIDAD DE CONCEBIR POR RELACIÓN SEXUAL ÚNICA EN EL PERÍODO FÉRTIL



Fuente: Wilcox, A. J., C.R. Weinberg, D.D. Baird: “Timing of Sexual Intercourse in Relation to Ovulation. Effects on the Probability of Conception, Survival of the Pregnancy, and Sex of the Baby”, 1995, pp. 1517-1521.

TABLA 3: EFICACIA DEL LEVONORGESTREL INGERIDO HASTA EL DÍA 5
¿ES EXPLICABLE POR LA SOLA INHIBICIÓN DE LA OVULACIÓN?

Demora entre relación sexual y fármaco	Embarazos esperados	Embarazos observados	% de disminución
1 a 3 días	195 / 2381	36	82%
4 a 5 días	21 / 314	8	62%

Fuente: Von Hertzen, H., G. Piaggio, J. Ding, J. Chen, S. Song, para el WHO Research Group on Post Ovulatory Methods of Fertility Regulation: “Low Dose Mifepristone and Two Regimens of Levonorgestrel for Emergency Contraceptions: A WHO Multicentre Randomized Trial”, 2002, pp. 1803-1810.

La eficacia de la contracepción de emergencia supera con mucho los posibles efectos anticonceptivos, puesto que el período fértil de la mujer es de seis días, y si un fármaco actúa cinco días después de una relación sexual que ocurre en el período fértil, necesariamente sus efectos deben ser posconceptivos (abortivos). De hecho, la inhibición de la ovulación no puede explicar tampoco la disminución del número de embarazos

que se observa cuando la relación sexual ocurre en el día de la ovulación o después. Necesariamente lo anterior debe explicarse por una inhibición del ascenso de los espermatozoides o impidiendo la implantación. Por otra parte, los estudios disponibles muestran que al menos la mitad de las mujeres solicitan la contracepción de emergencia 24 horas después de la relación sexual. Para ese momento suficientes espermios han alcanzado las trompas, con lo cual el “éxito terapéutico” del fármaco sólo es susceptible de ser explicado por los mecanismos que alteran la implantación.

Las opiniones provenientes de la OMS, de la FDA, de la Sociedad Canadiense de Obstetricia y Ginecología y de la Sociedad Británica de Obstetricia y Ginecología coinciden hoy en señalar que la contracepción de emergencia actúa previniendo o alterando la ovulación, la fertilización y/o la implantación. Reafirman, además, que los médicos o proveedores deben proporcionar a las pacientes información sobre los mecanismos de acción descritos de la contracepción de emergencia, esto es, sobre la posibilidad de eliminación de un embrión o cigoto. Si no se le proporciona esa información a una paciente antes de que acceda a la contracepción de emergencia, entonces se le habría impedido tomar una decisión informada según sus propios valores o creencias.

Comentarios finales

La contracepción de emergencia o “píldora del día después” existe desde hace mucho tiempo y ha estado disponible (bajo la forma de anticonceptivos orales que deben prescribirse de un modo específico) en los consultorios del Servicio Nacional de Salud por más de 20 años, y siempre se ha debido informar de ella a las mujeres violadas. No sólo eso, también siempre se ha enseñado al respecto en las escuelas de medicina.

Existe evidencia, por otra parte, de que la contracepción de emergencia se asocia a efectos endometriales que podrían impedir la anidación del huevo en el útero, y existe evidencia de que el éxito en la supresión de embarazos cuando se utiliza la contracepción de emergencia es mayor que el porcentaje de casos en los que se inhibe la ovulación, lo que indica que el mecanismo de la ovulación no sería el único afectado. Existe consenso, al mismo tiempo, de que la contracepción de emergencia no actúa después de la implantación del huevo en el útero.

Sin embargo, y dado que la vida se inicia en la fecundación, lo anterior significa que si efectivamente existen mecanismos de acción que

impiden la anidación, tales mecanismos serían abortivos, por definición. Pero no es posible realizar estudios en humanos para aclarar definitivamente este tema, ya que la complejidad de llevarlos a cabo va de la mano con reparos éticos. Diferentes investigadores han sido unánimes en señalar que los mecanismos de acción de la contracepción de emergencia permanecen indeterminados. Al mismo tiempo, tanto los propios medicamentos como diversos textos, revisiones y sitios de medicina basada en evidencia señalan que “la anticoncepción de emergencia actúa principalmente inhibiendo o alterando la ovulación”, pero que “además puede interferir con el transporte del óvulo y/o los espermatozoides o inhibiendo la implantación”.

En las circunstancias actuales nos parece que un apropiado ejercicio de la medicina exige un adecuado y real acceso por parte de las pacientes al arsenal de recursos terapéuticos. En este sentido es razonable que los centros de atención de salud dispongan del fármaco en discusión, el cual puede ser indicado por los médicos en casos de violación, en los días del ciclo en los cuales el efecto preconcepcional está suficientemente probado. La decisión de indicarlo o no, en cada situación individual, es un acto personal que debe considerar, como en todo acto médico, los pros y los contras, las circunstancias particulares en que se plantea la indicación, los efectos que la acción u omisión del fármaco puede provocar, y las preferencias y deseos de las pacientes.

Las instituciones católicas han adoptado respecto a la contracepción de emergencia una conducta concordante con las directrices de la Iglesia, y, dado que su administración alrededor de la ovulación no permite descartar efectos abortivos, han indicado la abstención de su uso. Sin embargo, al igual que respecto de otros métodos anticonceptivos, y frente al deseo expreso de la paciente, deben procurar su acceso a otro profesional o centro donde puedan recibir tal prescripción.

Finalmente, y del mismo modo que se hace en la práctica con otros métodos anticonceptivos, debe ser el o la paciente quien, informada adecuada y completamente por el médico, decida si va a utilizar un método contraceptivo u otro, si va a utilizar la contracepción de emergencia o no. La objeción de conciencia me parece una excelente manera de aproximarse al problema desde el punto de vista de las autoridades. Lo anterior permite que, siendo posible que la contracepción de emergencia se asocie a abortos, sea cada individuo el que decida lo que va a hacer, del mismo modo que lo hace en la elección de métodos contraceptivos en general.

BIBLIOGRAFÍA

- Alberts, Bruce, Alexander Johnson, Julian Lewis *et al.*: *Molecular Biology of the Cell*. Taylor and Francis, 1994.
- Álvarez, F., V. Brache, E. Fernández *et al.*: "New Insights on the Mode of Action of Intrauterine Contraceptive Devices in Women". *Fertility & Sterility*, 49: 768, 1988.
- Carlson, B: *Human Embryology and Developmental Biology*. Mosby Year Book Inc., 1998; Lippincott Williams & Wilkins, 2000.
- Conference Population Council: *Excerpta Medica International* (Congress Series N° 86): 212-213, 1964.
- Durand, M., M. del Carmen Cravioto, E. G. Raymond: "On the Mechanisms of Action of Short Term Levonorgestrel Administration in Emergency Contraception". *Contraception*, 64: 227-34, 2001.
- Giannaroli *et al.*: "Atlas of Embryology". En *Human Reproduction*. Vol. 15 (Supp. 4), diciembre 2000.
- Hapangama, D., A. F. Glasier, D. T. Baird: "The Effects of Peri-Ovulatory Administration of Levonorgestrel on the Menstrual Cycle". *Contraception*, 63: 123-9, 2001.
- Hatcher, R. A., M. Ziemann *et al.*: *La Planificación Familiar: Una Guía para la Salud Reproductiva y la Anticoncepción*. Dawsonville, Georgia: Bridging the Gap Inc., 2004.
- Hertig, A. T., J. Rock y E. C. Adams: "A Description of Human Ova within the First 17 Days of Development". *American Journal of Anatomy*, 98: 435-59, 1956.
- Kessrerü, E., F. Garmendia, N. Westphal y J. Parada: "The Hormonal and Peripheral Effects of Levonorgestrel in Postcoital Contraception". *Contraception*, 10: 411, 1974.
- Koch, M., R. Stracke, T. Perschke: "Effects of Antifertility Estrogens and Progestins on the Endometrial Surface of Early Pregnant Rats. A Scanning Electron Microscopic Study". *Exp Clin Endocrinol*, 85: 138-46, 1985.
- Kubba, A. A., J. O. White, J. Guillebaud, M. G. Elder: "The Biochemistry of Human Endometrium After Two Regimens of Postcoital Contraception: a DL-Norgestrel/Ethinylestradiol Combination or Danazol". *Fertil Steril*, 45: 512-6, 1986.
- Landgren, B. M., E. Johansson, A. R. Aedo, A. Kumar, S. Yong-en: "The Effect of Levonorgestrel Administered in Large doses at Different Stages of the Cycle on Ovarian Function and Endometrial Morphology". *Contraception*, 39: 275-89, 1989.
- Larson, W. J.: *Human Embryology*. Churchill Livingstone Inc., 1997.
- Ling, W. Y., W. Wrixon, T. Acorn, E. Wilson, J. Collins: "Mode of Action of DL – Norgestrel and Ethinylestradiol Combination in Postcoital Contraception. III. Effect of Preovulatory Administration Following the Luteinizing Hormone Surge on Ovarian Steroidogenesis". *Fertil Steril* 39: 292-7, 1983.
- Marions, L., K. Hulténby, I. Lindell, X. Sun: "Emergency Contraception with Mifepristone and Levonorgestrel: Mechanism of Action". *Obstet Gynecol*, 100: 65-71, 2002.
- Müller, A. L., C. M. Lladós y H. B. Croxatto: "Postcoital Treatment with Levonorgestrel Does not Disrupt Post Fertilization Events in the Rat". *Contraception*, 67: 415, 2003.
- Nilsson, O., D. Englund, E. Weiner *et al.*: "Endometrial Effects of Levonorgestrel and Estradiol: A Scanning Electron Microscopic Study of the Luminal Epithelium". *Contraception*, 22: 71-83, 1980.
- Ortiz, M. E., R. E. Ortiz, M. A. Fuentes *et al.*: "Postcoital Administration of LNG Does Not Interfere with Post-Fertilization Events in the New-World Monkey Cebus Apella". *Human Reproduction*, 19: 1, 2004.

- Oyarzún, E. y A. Serani: "Aborto Precoz: ¿Error de la Naturaleza o Falta de Espíritu Crítico?" *Revista Médica de Chile*, 122: 454-458, 1994.
- Raymond, E. G., L. P. Lovely, M. Chen-Mok, M. Sëppala, R. J. Kurman, B. A. Lessey: "Effect of the Yuspe Regimen of Emergency Contraception on Markers of Endometrial Receptivity". *Human Reprod*, 15: 2351-5, 2000.
- Roberts, C. J., C. R. Lowe: "Where Have All the Conceptions Gone?" *The Lancet*, 1: 498-489, 1975.
- Swahn, M. L., P. Westlund, E. Johannisson, M. Bygdeman: "Effect of Post Coital Contraceptive Methods on the Endometrium and the Menstrual Cycle". *Acta Obstet Gynecol Scand*, 75: 738-44, 1996.
- Taskin, O., R. W. Brown, D. C. Young, A. N. Poindexter, R. D. Wiehle: "High doses of Oral Contraceptives Do Not Alter Endometrial Alpha 1 and Beta 3 Integrins in the Late Implantation Window". *Fertil Steril*, 61: 850-5, 1994.
- Ugocsai, G., M. Rozsa, P. Ugocsai: "Scanning Electron Microscopic (SEM) Changes of the Endometrium in Women Taking High doses of Levonorgestrel as Emergency Post-coital Contraception". *Contraception*, 66: 433-37, 2002.
- Von Hertzen, H., G. Piaggio, J. Ding, J. Chen, S. Song for the WHO research group on post ovulatory methods of fertility regulation: "Low Dose Mifepristone and Two Regimens of Levonorgestrel for Emergency Contraceptions: a WHO Multicentre Randomized Trial". *The Lancet*, 360: 1803-10, 2002.
- WHO Task Force on Post-Ovulatory Methods for Fertility Regulation: "Randomized Controlled Trial of Levonorgestrel Versus the Yuspe Regimen of Combined Oral Contraceptives for Emergency Contraception". *The Lancet*, 352: 428-33, 1998.
- Wilcox, A. J., C. R. Weinberg y D. D. Baird: "Timing of Sexual Intercourse in Relation to Ovulation. Effects on the Probability of Conception, Survival of the Pregnancy and Sex of the Baby". *The New England Journal of Medicine*, 333: 1517, 1995.
- Wu, J., J. Chen, R. Xu, H. Wang: "Effects of Mifepristone and Levonorgestrel on the Human Endometrium During Preimplantation". En P. P. Chander, P. F. A. van Look (eds.), *Sexual and Reproductive Health, Recent Advances, Future Directions*. New Delhi: New Age International Publ., pp. 143-148, 2001.
- Young D. C., R. D. Wiehle, S. G. Joshi, A. N. Poindexter: "Emergency Contraception Alters Progesterone-Associated Endometrial protein in Serum and Uterine Luminal Fluid". *Obstet Gynecol*, 84: 266-71, 1994.
- Yuspe A. A., H. J. Thurlow, I. Ramzy, J. I. Leyshon: "Post Coital Contraception: A Pilot Study". *J Reprod Med*. 13: 53-61, 1974. 

LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS ANTE LA JURISPRUDENCIA*

Antonio Bascuñán Rodríguez

En este artículo se comenta críticamente la sentencia dictada por la Corte Suprema en el año 2001 que prohibió un anticonceptivo de emergencia, sosteniéndose que el uso de ese fármaco por parte de una mujer constituye un acto de legítimo ejercicio de un derecho constitucional. A juicio del autor, la Constitución chilena consagra un principio de exigibilidad diferenciada de la prohibición de atentar contra seres humanos aún no nacidos. Una de las consecuencias de la consagración de ese principio es que el ser humano no es titular de derechos constitucionales antes de nacer. Otra consecuencia es que en ciertos supuestos los derechos fundamentales de la mujer tienen preponderancia frente al interés en proteger la supervivencia de seres humanos aún no nacidos. El uso del anticonceptivo de emergencia, sostiene el autor, es uno de estos supuestos.

ANTONIO BASCUÑÁN. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Diplomado en Derecho y candidato a Doctor, Ludwig-Maximilian Universität München. Profesor de Derecho Penal y Teoría del Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Universidad de Chile.

* Versión extendida de la ponencia presentada en el seminario “La píldora del día después: Aspectos normativos”, realizado en el Centro de Estudios Públicos el 15 de junio de 2004.

Véanse en esta misma edición el artículo del profesor de derecho Arturo Fermandois, los artículos de los doctores Fernando Zegers y Enrique Oyarzún, y los antecedentes del debate incluidos en la sección Documentos (N. del E.).

La cuestión de la admisibilidad legal del anticonceptivo de emergencia Levonorgestrel, conocido también como “la píldora del día después”, ha recobrado vigencia en la discusión pública a raíz de la decisión del Ministerio Salud de distribuirlo gratuitamente como parte de su política de asistencia a víctimas de abusos sexuales. Esa discusión ha entrado de lleno, una vez más, en el debate jurídico. El 20° Juzgado Civil de Santiago, por sentencia de 30 de junio de 2004, declaró nula la resolución del Instituto de Salud Pública que en 2001 autorizó la comercialización del fármaco Postinor-2 (Levonorgestrel)¹. El caso se encuentra pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Como es bien sabido, ya existe un pronunciamiento de la Corte Suprema en relación con la cuestión del estatus constitucional de este anticonceptivo de emergencia: *Philippi Izquierdo, Sara y otros con Instituto de Salud Pública y otros*². Aunque en el derecho chileno no rija la doctrina del *stare decisis*, por lo que las sentencias judiciales no constituyen precedente, cuando se trata de responder a la pregunta por la solución correcta de un determinado problema desde el punto de vista del derecho vigente, es razonable tomar en consideración la jurisprudencia existente. Y esto, no sólo por razones estratégicas. También en términos sustantivos de racionalidad esa consideración permite situar en un contexto concreto la exigencia de justificación que cualquier propuesta de solución debe satisfacer.

El propósito de este artículo es efectuar un comentario crítico de la sentencia de la Corte Suprema, contribuyendo con ello al esclarecimiento de las cuestiones constitucionales y legales involucradas en esta discusión.

Antes y ahora, el debate se ha concentrado en la cuestión empírica de si el Levonorgestrel produce o no un efecto impeditivo de la implantación del embrión humano en el endometrio, o si tiene un efecto meramente anticonceptivo. Como resulta obvio, en este último caso la comercialización y el consumo del fármaco dejan de ser constitucional y legalmente impugnables, ya que no existen derechos fundamentales u otros intereses de significación constitucional y peso específico suficiente que entren en

¹ 20° Juzgado Civil de Santiago: *Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública y otros*, Rol N° 5839-02, 2004. [Texto del fallo se encuentra reproducido en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta misma edición (N. del E.).]

² Corte Suprema: *Philippi Izquierdo, Sara y otros con Instituto de Salud Pública y otros*, 2001, pp. 199-208. [Esta sentencia se encuentra reproducida en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición de *Estudios Públicos* (N. del E.).] Hasta antes de esta sentencia, existía un caso jurisprudencial en el que se había admitido a tramitación un recurso de protección en favor de la vida de un feto: *Carabantes Cárcamo*, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 14.11.91. Éste es un fallo irrelevante como antecedente jurisprudencial, pues la cuestión de la titularidad del *nasciturus* ni siquiera fue planteada, y en el caso tampoco se llegó a una decisión sobre el fondo del recurso.

colisión con el ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva de la mujer, concretado en el uso de anticonceptivos. Sólo bajo la hipótesis de que se produzca ese efecto impeditivo de la implantación es que tiene sentido la discusión en torno al estatus constitucional del embrión y las consecuencias que de ello se derivan para los actos de la Administración del Estado. Bajo ese entendimiento es que tiene lugar el análisis que sigue.

Efectuaré este análisis a modo de comentario de la sentencia aludida, distinguiendo cuatro aspectos: (1) problemas de legitimación activa de un recurso de protección interpuesto a favor de la vida de embriones no individualizados, (2) problemas de justificación de la consideración del embrión como titular de un derecho subjetivo a la vida, (3) problemas de ponderación de intereses y (4) problemas adicionales. A la luz de las consideraciones anteriores desarrollaré brevemente (5) mi posición acerca del estatus constitucional de la píldora del día después. Finalmente expondré lo dicho en siete tesis, a modo de (6) resumen.

1. La cuestión de la legitimación activa

El primer problema constitucional planteado por el caso se refería a la legitimación activa de los recurrentes. Como se recordará, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó el recurso de protección, sosteniendo que no se había identificado a un titular individual y concreto de un derecho constitucional. En apelación, la Corte Suprema revocó esa decisión, aceptando la legitimación activa de los recurrentes. No es claro, sin embargo, cual sea el fundamento de esta decisión de la Corte Suprema, pues ninguna de las razones principales que ella esgrime es pertinente.

Primero, la Corte Suprema señala como fundamento el derecho a la vida. Pero la legitimación activa era problemática en este caso, porque no se podía identificar a un titular individual y concreto de ese derecho que se encontrara amenazado. La mención del derecho no resuelve ese problema.

En segundo lugar, la Corte señala que los propios recurrentes son titulares de un derecho constitucional relevante, a saber, “el derecho para proteger la vida que tienen los seres que aun se encuentran en etapa de desarrollo o gestación” (Cons. 4º). Pero este derecho no existe. La Constitución consagra el derecho a la vida. A lo más se deriva de este derecho un deber de protección cuyo destinatario es el Estado. En este sentido, es decir, en el sentido que “deber” implica “poder”, puede entenderse que implica un permiso objetivo para el Estado. Pero este permiso no es equivalente a un derecho subjetivo. Sostener lo contrario equivale a confundir

la posición de destinatario de deber correlativo a un derecho con la posición de titular de un derecho. No existe un derecho constitucional a no matar; mucho menos, a proteger la vida.

En tercer término (Cons. 5º), la Corte invoca las disposiciones del Código Civil que establecen un deber de protección judicial de la vida del *nasciturus* y una disposición del Pacto de San José de Costa Rica, que reconoce la relevancia de la vida humana como objeto de protección desde el momento de la concepción. Independientemente del problema que representa la consideración de estas normas extraconstitucionales como fundamento de la interpretación de disposiciones constitucionales, es evidente que ellas no pueden resolver el problema de la legitimación activa: de ellas no se deduce la identificación de algún titular individual y concreto.

En cuarto lugar, la Corte considera que el fundamento de los recurrentes estaría en la facultad jurisdiccional de los tribunales, cuyo ejercicio es inexcusable. Pero es obvio que esta consideración no puede ser una razón pertinente; sostener lo contrario implicaría negar la necesidad de legitimación activa como requisito del ejercicio válido de cualquier acción: cualquiera estaría legitimado para ejercer cualquier acción que solicitase de un tribunal el ejercicio de la jurisdicción.

Finalmente, la Corte sostiene que los embriones preimplantacionales no serían “sujetos indefinidos y faltos de concreción”, sino “seres en desarrollo después de la concepción” (Cons. 7º). Aquí la Corte confunde la cuestión de si el embrión es un individuo de la especie humana (en el sentido de la definición de persona) con la cuestión propia de la legitimación activa: lo problemático para la legitimación activa de los recurrentes no era el estatus abstracto del embrión, sino la identificación de un embrión individual y concreto cuya vida estuviera afectada al menos en grado de amenaza.

En definitiva, el único argumento pertinente es el formulado por la Corte como razón subsidiaria, y que es del siguiente tenor:

la legitimación activa sólo requiere que haya seres concretos existentes que pudieren ser afectados por la acción que se denuncia como arbitraria o ilegal, aun cuando no sepa dónde se encuentran ni se tenga certeza de su nombre ni de ningún otro atributo individualizador (Cons. 8º, primer párrafo).

La pertinencia del argumento no garantiza, por cierto, su coherencia. En verdad, resulta difícilmente imaginable un argumento más incoherente: ¿cómo podría acreditarse la satisfacción del requisito de la existencia

de seres concretos si no se puede dar indicación alguna de su ubicación espacial ni otro rasgo que los individualice? Consciente de la debilidad de su afirmación, la Corte sostiene que este caso es semejante a otros en los cuales se ha dispensado protección a personas indeterminadas, además de una persona individualmente afectada (Cons. 8º, párrafo segundo). El argumento falla, porque en este caso no hay una persona individualmente afectada. Finalmente, la Corte sostiene que la protección de un derecho en grado de amenaza no requiere la existencia del titular al momento de la amenaza, sino sólo al momento de hacerse efectivo ese peligro. Nuevamente, el argumento falla. Aún aceptando la tesis de la admisibilidad de la protección preventiva de un derecho *ex ante* inexistente, es claro que ello requiere eventual existencia *ex post* del titular al momento de la realización del peligro, en los términos concretos e individuales que el recurso exige. Y ese no era aquí el caso.

Así pues, la cuestión de la legitimación activa, correctamente decidida en términos negativos por la Corte de Apelaciones, fue decidida afirmativamente por la Corte Suprema, sin razones. Y el problema no es menor.

El recurso de protección es un procedimiento de control concreto de constitucionalidad. Por eso es que su procedencia requiere la identificación de un titular individual. La masa indeterminable de embriones preimplantacionales no satisface ese requisito. En el contexto de un procedimiento de control abstracto de la constitucionalidad de los actos administrativos esta cuestión sería irrelevante. Pero en el contexto de un procedimiento de control concreto es una cuestión crucial de admisibilidad. En otras palabras, con su decisión arbitraria la Corte Suprema alteró el carácter del recurso de protección en tanto procedimiento de control de constitucionalidad³.

³ Lo mismo cabe decir de la sentencia del 20º Juzgado Civil de Santiago, que aceptó la legitimación activa del Centro Juvenil Ages, organización comunitaria regulada por la Ley 19.418, como demandante en un juicio ordinario de nulidad de derecho público. Las razones aducidas por la sentencia para aceptar su legitimación activa son: (a) que el objeto de la acción es el restablecimiento de las normas constitucionales infringidas, y (b) que el artículo 75 del Código Civil ordena al tribunal adoptar las medidas convenientes para proteger la existencia del que está por nacer (considerando 11º). Ambos argumentos son manifiestamente falaces. La acción de nulidad de derecho público es, en la concepción más favorable a su admisibilidad institucional, un procedimiento de control concreto de la validez de los actos de los órganos del Estado. Luego, para que su ejercicio sea admisible se requiere que su titular haya sido lesionado en sus intereses por el acto estatal que se impugna, tal como por lo demás lo prevé la Constitución para lo contencioso administrativo (artículo 38 inciso 2º). En lo que respecta al deber legal de protección de la vida del que está por nacer, obviamente el artículo 75 del Código Civil no es una regla de competencia: la actuación judicial en cumplimiento de ese mandato requiere un proceso regular como contexto previo.

2. La cuestión de la titularidad

a) *El argumento de la Corte*

El segundo problema constitucional que planteaba el caso se refería a la condición del embrión preimplantacional como titular del derecho constitucional a la vida. La Corte Suprema afirmó ese estatus. Su afirmación, sin embargo, carece de fundamento consistente.

La Corte define el problema constitucional del siguiente modo:

lo que debe resolverse es desde cuándo podemos o debemos reconocer legítima y legalmente la existencia del ser humano, o más bien, desde cuándo corresponde otorgar protección constitucional a la existencia de la vida (Cons. 14°).

Este planteamiento es incorrecto. El recurso de protección es una acción cuya finalidad es dispensar protección judicial a derechos constitucionales. En el marco del recurso de protección lo relevante no es que la Constitución proteja la vida de los seres humanos. Lo relevante es que la Constitución asegure a las personas el derecho a la vida. Luego, lo que debe justificarse es la identificación del titular de ese derecho subjetivo público. Uno de los aspectos que debe ser resuelto para estos efectos es el alcance del término “persona” en el contexto de la Constitución.

La decisión de la Corte implica la identificación de los conceptos de persona y ser humano. Sin embargo, la propia Corte se contradice en este punto, en la misma formulación de su tesis:

(...) el que está por nacer —cualquiera sea la etapa de su desarrollo pre natal, pues la norma constitucional no distingue—, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce (...).

Como resulta obvio, si el ser humano “se constituye en persona” con el nacimiento, entonces el embrión no puede ser calificado de persona. Y por lo mismo no tiene derecho constitucional a la vida. Este derecho, como los demás derechos subjetivos, públicos y privados, lo tienen los seres humanos nacidos vivos, pues es uno de esos “atributos” reconocidos a las personas por el ordenamiento jurídico.

La Corte considera que la definición de persona del Código Civil (Art. 55) incluye a los embriones (Cons. 18°). Pero no repara en la diferencia de estatus que el propio Código Civil establece entre los seres humanos

nacidos (titulares de derechos subjetivos) y los seres humanos no nacidos (objeto de protección). Y no es casual que no repare en ello. Pues la Corte es incapaz de efectuar esta distinción conceptual.

Tal como arriba se dijo, su planteamiento del problema en el considerando 14° no distingue la especificidad de un derecho subjetivo público. En su considerando 16° hace equivalentes “la garantía del derecho a la vida” y “la protección del que está por nacer”. Y en su considerando 19° afirma que la protección dispensada por el Código Civil al *nasciturus* (Arts. 75 y 76) confirmarían su condición de persona. En suma, el razonamiento de la Corte se basa en una falacia (*non sequitur*): de la existencia de un deber de protección de la vida del *nasciturus* (constitucional y civil) deduce su condición de titular del derecho a la vida. La inferencia, por supuesto, no es válida. De un derecho subjetivo pueden inferirse normas de deber, pero no a la inversa. Menos en el contexto de la Constitución chilena, donde existen buenas razones, como luego se verá, para comprender al deber de protección como compensación de la inexistencia del derecho.

Debe reconocerse, no obstante, que la Corte invoca una razón independiente de esta confusión para justificar la atribución de personalidad al embrión:

Si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca (Cons. 18°, párrafo segundo).

En sus propios términos, esta tesis es manifiestamente insuficiente. La continuidad de un proceso no basta para justificar la identidad de sus distintos estadios.

Es evidente que a la luz de la Constitución son personas los seres humanos nacidos. Es también un hecho fuera de discusión que todos los seres humanos nacidos vivieron antes en estado fetal, anidados al endometrio de una mujer, y antes en estado embrionario preimplantacional, ya sea dentro del cuerpo de una mujer (*in vivo*) o en una matriz experimental (*in vitro*). Es por lo tanto evidente que un embrión preimplantacional humano puede, desarrollándose, llegar a ser un ser humano nacido, o sea, indiscutiblemente una persona.

Los hechos antedichos permiten sin duda fundamentar una valoración del embrión preimplantacional. Puede aceptarse que el valor del estado final de ese proceso —la persona— confiere un valor a su estado inicial

—el embrión preimplantacional—. Es decir, que la potencialidad del embrión preimplantacional de llegar a ser indiscutidamente una persona justifica la atribución de valor a su condición de ser vivo. Sin embargo, de lo anterior no se deduce la identidad entre el embrión preimplantacional y el ser humano nacido. Esto es obvio. Todos los árboles y las flores fueron antes una semilla; de ahí no se deduce que las semillas sean árboles o flores. Pretender lo contrario es incurrir en una falacia retrospectiva.

La afirmación de la continuidad del proceso de desarrollo del embrión es verdadera, en el sentido de que se trata de un proceso sin discontinuidad. Pero, una vez más, de eso no se deduce que los distintos estadios de ese proceso sean idénticos entre sí, es decir, que el organismo que se transforma en ese proceso de desarrollo sea siempre lo mismo desde un punto de vista ontológico, antes y después de su transformación.

Lo que la tesis de la Corte presupone es que en este proceso continuo de desarrollo puede reconocerse en todos sus estadios un mismo criterio de identidad del ser en transformación. Esta es la identidad genética. La Corte sostiene, pues, la tesis de la equivalencia entre identidad genética e identidad personal. Ella adhiere al concepto de persona postulado por el Magisterio de la Iglesia Católica⁴.

Esta tesis no es correcta.

Un embrión puede llegar a nacer, pero también puede desarrollarse de otro modo. Lo más probable es que se pierda, sin que llegue a desarrollarse en sentido alguno. También es posible que de él se originen dos embriones. Estos gemelos pueden desarrollarse independientemente y llegar a nacer. Pero puede que uno de ellos termine siendo un quiste en el cuerpo del otro. Finalmente, es posible que el embrión se desarrolle como una mola, que nunca llegará a nacer. Incluso es posible que esa mola se desarrolle como un cáncer para la mujer. Todas estas posibilidades están presentes en el embrión preimplantacional. Considerarlo *ex ante* como un ser idéntico a una persona, atendiendo a la identidad genética, es desde un punto de vista biológico tan justificado como considerarlo un ser idéntico a un quiste o un cáncer.

Desde un punto de vista biológico, la identidad individual del ser humano, en un sentido suficiente como para fundamentar ontológicamente

⁴ Declaración *De Aborto Procurato*, de la Congregación de la Doctrina de la Fe (18 de noviembre de 1974): “ella [la ciencia genética humana] ha demostrado que desde el primer instante queda fijado el programa de lo que será ese ser viviente” (IV.13); Instrucción de la Congregación de la Doctrina de la Fe: *Donum Vitae* (22 de febrero de 1987): “la [biología humana] reconoce que en el cigoto resultante de la fecundación está ya constituida la identidad biológica de un nuevo ser humano” (I.1); encíclica *Evangelium Vitae* (25 de marzo de 1995), reproduciendo ambos documentos anteriores (60). La misma tesis es asumida por el 20° Juzgado Civil en su sentencia de 30 de junio (*supra*, nota 1, considerandos 45° y 52°).

su calificación como persona, sólo puede afirmarse cuando se ha producido en ese organismo en desarrollo la expresión génica de aquellos rasgos que se consideran definitorios de la condición de un individuo de la especie humana, en el sentido específico con que los seres humanos nacidos lo son. Cuáles sean esos rasgos, esa es una cuestión controvertida. Como ejemplos tempranos en el desarrollo del embrión o feto puede indicarse la individualidad en tanto cancelación de la posibilidad de gemelación (día decimo-cuarto), el autorreconocimiento de la individualidad manifestado en el surgimiento del sistema inmunológico, o el término relativo de la constitución del programa de desarrollo embrionario (octava semana). En todo caso, cualesquiera que sean esos rasgos, ellos aparecen después de tener lugar la anidación del embrión en el endometrio de una mujer.

Por supuesto, lo anterior no hace al embrión preimplantacional un organismo ajeno a la especie humana. Su identidad genética es humana. Pero esa misma identidad genética la comparte cualquier célula o tejido celular del cuerpo de un ser humano. Y ninguna de esas células o tejidos son individuos de la especie humana.

Lo particular del embrión es su potencialidad de llegar a ser un individuo de la especie humana bajo ciertas condiciones. Pero esto no se debe a que sus células tengan una propiedad específica, sino todo lo contrario. Se debe a que aún no han sufrido el proceso de diferenciación y especificación que caracteriza el desarrollo del organismo humano. El surgimiento de los rasgos constitutivos de la individualidad biológica requiere precisamente algún grado de diferenciación y especificación celular. La potencialidad del embrión es la demostración de su falta de individualidad, en el sentido de la individualidad ontológicamente presupuesta por la condición de persona.

El hecho de que un embrión preimplantacional carezca de los atributos antedichos se encuentra fuera de discusión. Este hecho es sin embargo neutralizado por el paradigma genético, es decir, por la consideración del código genético como principio activo exhaustivo del desarrollo del embrión. La falta de expresión génica —se sostiene desde este paradigma— queda compensada por el hecho de que ese fenómeno es parte del desarrollo de un organismo conforme a un programa que existe con anterioridad a dicho fenómeno. Esta tesis supone que el embrión preimplantacional posee la potencia de desarrollarse, en el sentido preciso de que posea la capacidad intrínseca y autónoma de transformarse en ese ser humano individual.

En un sentido obvio, esa capacidad intrínseca y autónoma no existe. El despliegue de esa capacidad requiere condiciones espaciales y tempora-

les precisas. Sólo si el embrión se encuentra en un nicho adecuado en el momento oportuno puede desarrollarse. La pregunta es, por lo tanto, si esta relatividad de la capacidad de desarrollo del embrión no es más que la relatividad de la capacidad de subsistencia y desarrollo de cualquier organismo vivo respecto del ambiente. Eso es lo que afirma el paradigma genético⁵. Pero esto ya no es pacífico. Actualmente, ese modo de ver las cosas es controvertido por el paradigma alternativo, esto es, el paradigma epigenético⁶.

Desde el punto de vista del paradigma epigenético es un error identificar el programa de desarrollo del embrión con su programa genético. El programa de desarrollo del embrión no está prefigurado, sino que se genera por interacciones moleculares y macromoleculares. En las etapas tempranas del desarrollo embrionario el programa de desarrollo se encuentra él mismo en desarrollo, se autogenera. Para la emergencia de este programa es tan esencial el código genético como su lectura, y ésta depende del contexto, es decir, de elementos externos al ADN (de aquí el término “epigenético”). El contexto brinda las señalizaciones que son indispensables para gatillar respuestas celulares, y con ello el despliegue de los procesos de diferenciación celular.

La afirmación central del paradigma epigenético, por lo tanto, es que el comportamiento del organismo en la etapa embrionaria no está codificado en el ADN sino en la red de interacciones celulares de carácter ambiental, lo cual incluye desde luego al genoma pero no se limita a él. En el caso de las especies placentarias, la simbiosis entre el embrión y el organismo que soporta su desarrollo es tal que las señalizaciones que gatillan las capacidades del embrión provienen en parte esencial del endometrio. Sin estas señales, que son en todo semejantes a las señales del propio embrión, las posibilidades del embrión nunca se actualizarían. Por lo tanto, antes de la anidación en el endometrio de una mujer no puede afirmarse del embrión humano la posesión de una capacidad autónoma de desarrollo. Un embrión humano no anidado puede continuar creciendo antes de morir,

⁵ Esta perspectiva es lo que caracteriza al informe de Carlos Valenzuela, académico del Programa de Genética Humana de la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, citado extensamente en la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago (considerando 28°). En los términos transcritos por la sentencia: “El cigoto humano (...) es una célula que autónomamente se construye y es capaz de deprogramar y reprogramar su material hereditario y tiene todas las funciones integradas. Se autodetermina, se autoconstruye y se autoprograma. En cualquier parte del organismo interno de la madre que cae este cigoto y, si tiene los nutrientes y oxígeno suficientes, organiza un embrión, los anexos embrionarios y puede llegar a nacer”.

⁶ Al respecto, Alonso Bedate, Carlos: “El Valor Ontológico el Embrión Humano”, 2002, pp. 51-92; Lacadena, Juan Ramón: “Embriones Humanos y Cultivos de Tejidos”, 2000, p. 191 y s. Ambos con abundantes referencias bibliográficas.

pero no puede diferenciarse más allá de la etapa de blastocisto. Sin la anidación no es posible el desarrollo del embrión, porque aún no ha emergido su programa de desarrollo.

Así pues, el fundamento de la Corte Suprema para atribuir al embrión preimplantacional el estatus de persona descansa en una falacia o en un paradigma científico en crisis.

b) *La omisión de la Corte*

La disposición constitucional interpretada por la Corte Suprema es del siguiente tenor:

Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

1° El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

La ley protege la vida del que está por nacer.

La Corte sostiene con su interpretación de estas disposiciones al menos cuatro tesis: (1) que el embrión preimplantacional se encuentra comprendido por la categoría “el que está por nacer” (en adelante, *nasciturus*); (2) que el *nasciturus* es titular del derecho constitucional a la vida, (3) que ese derecho es esencialmente igual al derecho a la vida reconocido a los seres humanos nacidos, y (4) que ese derecho tiene como deber correlativo una prohibición absoluta de dar muerte al *nasciturus*. La tesis (1) ha sido rebatida en la sección precedente. En esta sección corresponde discutir las otras tres tesis⁷.

La fórmula abreviada de la interpretación de la Corte consiste en sostener que el *nasciturus* es persona en el sentido de la Constitución, con igual dignidad y derechos a todas las demás personas, desde el momento de su concepción. Conforme a esta interpretación, la protección constitucional a la vida del *nasciturus* se encuentra ya contenida íntegramente en el inciso primero del Art. 19 N° 1 de la C. Pol. El imperativo constitucional de protección legal de su vida, contenido en el inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol., cumpliría una función secundaria, afirmando a lo más

⁷ El contexto en que corresponde discutir las tesis no se restringe a estatus del embrión preimplantacional, sino que se extiende asimismo al estatus del embrión implantado y al del feto. Siguiendo la propia lógica de la Corte, el embrión preimplantacional no puede tener un estatus jurídico de mayor peso específico que el del embrión implantado y el feto. Por tal razón, lo que se predique negativamente de éstos es *a fortiori* predicable de aquél: si el feto no goza del estatus de persona, menos aún podría gozarlo el embrión preimplantacional.

una consecuencia de la protección directamente dispensada por la Constitución al asegurarle el derecho a la vida.

Esta interpretación de la Constitución goza de amplia difusión en nuestro medio⁸. Sin embargo, se trata de una interpretación difícilmente admisible.

En primer lugar, el propio contexto de la regulación expresa una distinción inequívoca entre las personas y el que está por nacer. Aquellas son titulares de un derecho subjetivo público, el derecho a la vida, oponible incluso al legislador. La vida del que está por nacer, en cambio, es objeto de protección imperativo para el legislador. La interpretación de la Corte desconoce esta diferencia expresada por el texto, ya que la hace irrelevante o bien discriminatoria. Si del derecho a la vida se deduce sin más un deber para el legislador de protegerla, entonces la norma del inciso segundo es irrelevante. Si ese deber no se deduce sin más del derecho a la vida, entonces esa norma es discriminatoria, pues establecería para la vida del que está por nacer una protección más intensa que la dispensada a la vida de los nacidos.

En segundo lugar, la interpretación de la Corte contraviene manifiestamente la voluntad normativa que subyace al texto constitucional. Esto queda demostrado con el examen de los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional, tal como se los encuentra en las *Actas* de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución⁹.

La discusión en torno a esta cuestión se originó con una propuesta del miembro de la Comisión, Jaime Guzmán Errázuriz, consistente en reco-

⁸ Así, Varela Del Solar, Jorge Luis: "Derechos Humanos y Aborto", 1980, p. 195 y ss.; Zapata Larraín, Patricio: "Persona y Embrión Humano. Nuevos Problemas Legales y su Solución en el Derecho Chileno", 1988, p. 375 y ss.; Rozas Vial, Fernando: "Problemas Jurídicos y Morales que Plantean la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro", 1989, p. 725 y ss.; Corral Talciani, Hernán: "Comienzo de la Existencia y Personalidad del que Está por Nacer", 1989-1990, p. 33 y ss.; el mismo, "El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria", 1990, p. 301 y ss.; Soto Kloss, Eduardo: "El Derecho a la Vida y la Noción de Persona en la Constitución", 1991, sección 1ª, p. 55 y ss.; Corral Talciani, Hernán: "Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Procreación Artificial", 1992, p. 439 y ss.; Precht Pizarro, Jorge E.: "Consideraciones Ético-jurídicas sobre el Aborto Terapéutico", 1992, p. 509 y ss.; Ugarte Godoy, José Joaquín: "Comienzo de la Persona Humana. Aspectos Biológico, Filosófico y Jurídico", 2000, p. 87 y ss.; Isler Soto, Carlos: "En Torno a la Personalidad del Embrión", 2000, p. 121 y ss. Todos los autores mencionados profesan la religión católica. Véase también la revista *Ius Publicum* N° 7 (2001), p. 67-186, dedicada al comentario laudatorio de la sentencia de la Corte Suprema examinada en estas páginas.

⁹ Sesiones 84ª (en 4 de noviembre de 1974), 87ª (en 14 de noviembre de 1974), 89ª (en 21 de noviembre de 1974), 90ª (en 25 de noviembre de 1974), 93ª (en 5 de diciembre de 1974) y 407ª (en 9 de agosto de 1978). Una breve síntesis de estas sesiones, salvo por la última, puede verse en Fiamma Olivares, Gustavo: "El Derecho a la Vida. Antecedentes en las *Actas de la Comisión de Estudios Constitucionales*", 1980, p. 223 y ss.

ger en el texto constitucional dos principios básicos: (1) el reconocimiento expreso al *nasciturus* el derecho a la vida asegurado como derecho fundamental por la Constitución, y (2) como consecuencia de lo anterior, la expresa proscripción o condena del aborto en términos absolutos¹⁰.

Es el caso sin embargo que la propuesta de Jaime Guzmán sólo fue secundada por un miembro de la Comisión, Alejandro Silva Bascuñán¹¹, quedando en consecuencia relegada a la condición de opinión minoritaria.

La mayoría de la Comisión, formada por Enrique Ortúzar Escobar (presidente), Enrique Evans de la Cuadra y Jorge Ovalle Quiroz, esgrimió diversas razones para objetar la propuesta de Jaime Guzmán. Así, Jorge Ovalle sostuvo que en ciertos supuestos el aborto podía resultar justificable, como en el caso del embarazo que es producto de un abuso sexual, y que en todo caso resultaba inconveniente establecer en la Constitución una regulación de esta materia, que debía quedar entregada al Código Penal¹². Por su parte, Enrique Evans hizo ver que la propuesta se basaba en consideraciones religiosas o de moral individual, como la creencia en el alma del *nasciturus*, y que era dudosa la legitimidad de imponer esas convicciones en una sociedad pluralista¹³. Finalmente, Enrique Ortúzar sostuvo que un deber tan riguroso como sacrificar la vida de la mujer embarazada era jurídicamente inexigible, y que tampoco había certeza en la determinación de la existencia del *nasciturus*, lo cual hacía difícil reconocerlo sin más como titular de derechos. Pese al intento de refutación de Jaime Guzmán¹⁴, la consideración de la propuesta como expresiva de una concepción religiosa, incompatible con una Constitución pluralista, fue respaldada por Jorge Ovalle¹⁵, reafirmada por Enrique Evans¹⁶ y apoyada enfáticamente por Enrique Ortúzar¹⁷, induciendo por momentos incluso a Alejandro Silva a abandonar la pretensión de imponer semejante concepción a todos los miembros de la sociedad política¹⁸.

Como resultado de esta coincidencia de opiniones de la mayoría de los miembros de la Comisión, la propuesta de Jaime Guzmán fue rechaza-

¹⁰ CENC (Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República): *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución de la República*, Sesión 87ª, pp. 11, 13-14.

¹¹ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, p. 13.

¹² CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, p. 12.

¹³ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, p. 14.

¹⁴ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, pp. 13-14, 17-19, 22-23.

¹⁵ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, pp. 15-17.

¹⁶ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, pp. 20-21.

¹⁷ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, p. 21.

¹⁸ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, p. 17.

da¹⁹. Este es el hecho más importante de la historia fidedigna del establecimiento del precepto constitucional: la Constitución de 1980 no consagra los dos principios formulados por Jaime Guzmán, porque no pretende imponer a todos los chilenos la doctrina del Magisterio Oficial de la Iglesia Católica.

El significado esencial del rechazo de la propuesta de Jaime Guzmán consiste en que el estatus constitucional de la vida del *nasciturus* no es idéntico al estatus constitucional de la vida del nacido. En los términos del debate habido al interior de la Comisión, esto significa que en relación con la vida del *nasciturus* la Constitución no pretende consagrar una prohibición absoluta de atentar contra ella, como sí lo hace respecto de la vida del nacido. Desde el punto de vista de los redactores del texto constitucional, la consecuencia de esta diferencia se concreta en el reconocimiento al legislador de un cierto margen de prerrogativa de decisión para despenalizar algunas acciones destructivas de la vida del *nasciturus*, margen del que carece tratándose de los atentados contra la vida del nacido. En otras palabras, conforme al voto de mayoría de la Comisión, la despenalización del homicidio no consentido sería inconstitucional, no así la del aborto, al menos respecto de ciertos casos calificados²⁰. La expresión más clara de esta diferencia se encuentra en el siguiente pasaje de las *Actas* de las Sesiones de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que corresponde a una intervención de su presidente, Enrique Ortúzar Escobar:

(...) en resumen, entiende que se ha querido hacer una diferencia entre el precepto que consagra el derecho a la vida y la disposición que entrega al legislador el deber de proteger la vida del que está por nacer. Agrega que, en el primer caso, se trata de consagrar en forma absoluta el derecho a la vida, y en el segundo, se desea dejar una cierta elasticidad para que el legislador, en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto. Señala que, a su juicio, la única solución lógica sería ésta, pues no significa imponer las conviccio-

¹⁹ Al acordarse la redacción del texto constitucional, Jaime Guzmán intervino del siguiente modo: “El señor GUZMÁN hace presente que, en todo caso, desea dejar testimonio de su opinión convencida y contraria al precepto que se ha aprobado, y de su profundo desencanto de que, en realidad, la Constitución no vaya a tomar una definición en esta materia que, a su juicio, es la única conciliable con los derechos humanos que hoy día, lamentablemente, están muy deteriorados en el mundo.” (CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90ª, en 25 de noviembre de 1974, p. 20).

²⁰ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90ª, en 25 de noviembre de 1974, pp. 14 (intervención de Enrique Ortúzar, contradiciendo la intervención de Jaime Guzmán), 16 (idem), 19-20 (intervención de Enrique Ortúzar, resumiendo las intervenciones de otros miembros de la Comisión).

nes morales y religiosas de los miembros de la Comisión a la comunidad entera, a la cual va a regir la Constitución Política²¹.

Es importante destacar que esta decisión mantuvo su vigencia incluso en las sesiones finales de la Comisión, ya que fue celosamente custodiada por su artífice, Enrique Ortúzar Escobar, frente a los intentos de Jaime Guzmán Errázuriz por revertirla o encubrir su alcance. Así, en la Sesión 407^a, en 9 de agosto de 1978, a propósito de la redacción del informe de la Comisión, Jaime Guzmán propuso suprimir el siguiente párrafo:

De este modo, el legislador con mayor flexibilidad, podrá contemplar los casos en que el aborto debe tener carácter delictual. Una condenación absoluta en el texto constitucional habría necesariamente comprendido los casos de aborto terapéutico y otros en que la concepción puede haber sido la consecuencia de acciones violentas no consentidas, situaciones que desde un punto de vista moral o social pueden ser apreciadas de diferentes maneras, según sean las creencias o principios religiosos de quienes las juzguen²².

Advirtiendo que la propuesta de Jaime Guzmán podía desvirtuar el sentido del voto de mayoría de la Comisión en relación con la punibilidad del aborto, Enrique Ortúzar intervino del siguiente modo:

El señor ORTÚZAR (Presidente) estima indispensable dejar entregado al legislador la protección de la vida del ser que está por nacer, porque si la Constitución derechamente lo hiciera, estaría abocándose a un problema sumamente conflictivo y delicado como es el del aborto.

(...)

El señor ORTÚZAR (Presidente) señala que la ventaja del texto reside precisamente en que aclara el pensamiento de la Comisión, ya que de otra manera podría prestarse para interpretar que la Carta condena en cierto modo el aborto. Recuerda que cuando se discutió el punto, la mayoría llegó a la conclusión de que no podían imponerse creencias religiosas propias en una materia tan delicada y trascendente como una norma de la Constitución²³.

Frente a estas objeciones, Jaime Guzmán retiró su propuesta, declarándose partidario de “dejar el punto para la labor de los intérpretes”²⁴.

p. 16. ²¹ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90^a, en 25 de noviembre de 1974,

3340. ²² CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 407^a, en 9 de agosto de 1978, p.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

Establecidos los hechos anteriores, cabe entrar al análisis de las consecuencias que de ellos se derivan. Esta es una cuestión sumamente problemática. La razón de ello se encuentra en la insuficiencia de las representaciones normativas de los propios redactores del texto constitucional.

Como se ha visto, la discusión al interior de la Comisión giró en torno a las consecuencias que tendría para la legislación penal el establecimiento de una prohibición constitucional de atentar contra la vida del *nasciturus* equivalente a la prohibición de atentar contra la vida de las personas (los seres humanos nacidos). Debe recordarse que en 1978 se encontraba vigente el Art. 119 del Código Sanitario en su antigua redacción²⁵, que permitía la práctica de un aborto consentido por fines terapéuticos. En los términos con que fue formulada, la propuesta de Jaime Guzmán pretendía producir como efecto la inconstitucionalidad de esa autorización legal. El rechazo de ese efecto fue la razón del voto de mayoría.

Al respecto, es indispensable clarificar que el efecto constitucional no puede restringirse a la habilitación al legislador para proceder a la despenalización del aborto, sino que se encuentra primariamente referida a la autorización de la acción misma de ocasionar la muerte del feto, ya sea por la Constitución o por el legislador. Es decir, no se trata de un efecto de la norma constitucional sobre la necesidad de sancionar del aborto, sino sobre su estatus general como acción tolerada o prohibida por el derecho. Esto es así, porque del hecho que una acción sea inconstitucional (esto es, antijurídica por infracción de una prohibición constitucional) no se deduce sin más que deba ser punible. El legislador no está obligado a sancionar penalmente toda infracción de la Constitución. La acción de ocasionar la muerte de un feto podría estar prohibida por la Constitución, en los términos pretendidos por Jaime Guzmán, y no obstante ser justificable su impunidad²⁶.

Por lo tanto, la redacción del texto constitucional procedente del voto de mayoría de la Comisión implica que no existe en el nivel del orden

²⁵ Esto es, la redacción establecida mediante el Decreto con Fuerza de Ley N° 725, de 11 de diciembre de 1967 (D.O. de 31 de enero de 1968). La redacción originaria, procedente del Decreto con Fuerza de Ley N° 226 de 15 de mayo de 1931 (D.O. de 29 de mayo de 1931), era idéntica en cuanto al sentido de la norma como autorización del aborto por fines terapéuticos.

²⁶ Esta afirmación es el contenido esencial de la reciente decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos, *Vo v. France*, N° 53924/00, de 8 de julio de 2004, donde se sostiene que la acción de indemnización de perjuicios en un procedimiento contencioso administrativo es remedio judicial suficiente para satisfacer un supuesto deber de protección de la vida humana frente a acciones letales cometidas negligentemente (considerandos 88-91, citando precedentes en el mismo sentido). Al respecto, en relación con el derecho internacional, Bascuñán Rodríguez, Antonio: "Derechos Fundamentales y Derecho Penal", 2003, p. 319 y ss.

constitucional una norma prohibitiva del aborto equiparable en sus alcances a la prohibición constitucional del homicidio.

Esclarecido el punto anterior, quedan pendientes otras dos cuestiones concernientes a las consecuencias derivadas de la decisión del voto de mayoría de la Comisión. La primera se refiere a la determinación precisa del sentido en que cabe entender que la protección de la vida del *nasciturus* es “relativa” en comparación con el carácter “absoluto” de la protección de la vida de las personas. Al análisis de esta cuestión se dedica la sección siguiente. La segunda cuestión se refiere al modo cómo se expresa en el texto constitucional esta diferencia.

Si bien es posible señalar claramente cómo no se debe interpretar el Art. 19 N° 1 de la C. Pol. —la Constitución no puede leerse como si contuviera la regulación propuesta por Jaime Guzmán—, no es igualmente clara la respuesta a la cuestión de cómo sí debe interpretárselo. Ello, porque el modo empleado por el voto de mayoría de la Comisión para expresar su voluntad fue auténticamente paradójico. La paradoja reside en el hecho de que para *relativizar* las consecuencias de la protección de la vida del *nasciturus*, el voto de mayoría de la Comisión estableció un *mandato de protección* de esa vida.

¿Cómo se puede resolver esta paradoja?

Una primera alternativa interpretativa consistiría en sostener las siguientes tres tesis: (1) que el *nasciturus* es titular de un derecho constitucional a la vida, (2) que el peso específico de ese derecho no es sin embargo esencialmente igual al peso específico del derecho a la vida reconocido a los seres humanos nacidos, y (3) que en virtud de su diferente condición, de este derecho no se desprende como deber correlativo una prohibición absoluta de dar muerte al *nasciturus*.

Conforme a esta interpretación, la Constitución sí consagraría el derecho a la vida del *nasciturus*, pero no equipararía este derecho al derecho a la vida de que son titulares los seres humanos nacidos, por lo menos en la medida en que el derecho a la vida del *nasciturus* no impondría como deber correlativo una prohibición absoluta de atentar contra esa vida, semejante a la prohibición del homicidio.

Esta tesis interpreta el voto de mayoría de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución exclusivamente como un rechazo de la segunda tesis defendida por el voto de minoría. Es decir, los miembros de la Comisión que concurrieron con su voto favorable a la redacción del texto constitucional no habrían desconocido la calidad de titular del derecho a la vida del *nasciturus*, propuesta por Jaime Guzmán, sino que sólo habrían rechazado la consecuencia práctica que éste pretendía deducir de ese derecho,

expresada en su segunda tesis, esto es, la prohibición absoluta del aborto. Conforme a esta segunda interpretación, entre el derecho a la vida del *nasciturus* y el derecho a la vida de las personas existiría una diferencia relativa a sus consecuencias jurídicas, consistente en que el deber de protección por parte del Estado sería un deber más flexible tratándose de la vida del *nasciturus* que tratándose de la vida de las personas.

Esta es una reconstrucción verosímil del pensamiento del voto de mayoría. Como se ha visto, a juicio del voto de mayoría, no se podía prejuzgar en la Constitución una respuesta categóricamente negativa a la cuestión de la admisibilidad de ciertos casos justificados de aborto, y que por lo tanto se hacía necesario reconocer al legislador un cierto margen en el ejercicio de su prerrogativa de determinación para resolver la cuestión²⁷. Apoya lo anterior el que hasta el mismo Enrique Ortúzar Escobar insinuara la plausibilidad de extender el derecho a la vida garantizado por la Constitución al *nasciturus*, y sostuviera que precisamente por esta razón era necesario expresar en el texto constitucional el carácter más flexible del deber del legislador de regular penalmente el aborto²⁸. Incluso en su intervención posterior en el Consejo de Estado habría explicado por qué en la propuesta de la Comisión “se ha establecido el derecho a la vida del que está por nacer”²⁹.

Asimismo, se puede señalar que esta tesis parecería contar con el apoyo de algunos autores de la doctrina constitucional³⁰.

²⁷ El alcance de ese margen de discrecionalidad es incierto, en las representaciones de la propia Comisión. La posición más estricta fue sostenida por Enrique Evans, quien sólo estimó procedente la autorización en los casos de peligro para la vida o la salud de la madre (indicación terapéutica). La posición más amplia fue la defendida por Jorge Ovalle, quien mencionó además el caso de la concepción que es producto de un abuso sexual (indicación criminológica), y llegó a sostener que las restricciones constitucionales no se referían tanto a una enumeración de casos, como a imponer al legislador la carga de la prueba argumentativa acerca de la conveniencia de su decisión desde el punto de vista general de dispensar una protección legal adecuada al *nasciturus*. Finalmente, Enrique Ortúzar se demostró partidario de una mayor flexibilidad que la mera autorización del aborto terapéutico, pero pensando siempre en un determinado número de casos (CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90ª, en 25 de noviembre de 1974, pp. 16 a 19).

²⁸ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90ª, en 25 de noviembre de 1974, p. 18.

²⁹ Consejo de Estado (CE): *Actas de las Sesiones del Consejo de Estado*, Sesión N° 58, en 12 de diciembre de 1978, líneas 41 y 42 de la página manuscrita respectiva.

³⁰ Tal pareciera ser el caso de la —contradictoria— postura de Enrique Evans de la Cuadra, que por una parte estima que el inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la Constitución Política refuerza el derecho a la vida del *nasciturus*, encargando al Legislador “que rechace la interrupción provocada del aborto y toda legislación permisiva del aborto”, pero por otra parte estima “que hay en el precepto constitucional un mandato flexible al legislador penal para no sancionar el aborto terapéutico en casos calificados” (*Los Derechos Constitucionales*, Tomo I, 2ª ed., 1999, pp. 113-114). En un sentido semejante, pero menos explícitos en la incongruen-

Finalmente, cabe observar que la mayor flexibilidad que la Constitución debe reconocer en relación con la prohibición de dar muerte al *nasciturus* puede fundamentarse adecuadamente en la intensidad del conflicto de intereses que suscita la protección de su vida en contra de la voluntad de la mujer embarazada. Así, la “relatividad” de la protección de la vida del *nasciturus*, en el sentido del voto de mayoría de la Comisión, no correspondería a la determinación de su estatus abstracto —esto es, si el *nasciturus* es o no titular o no de un derecho subjetivo público—, sino a su estatus concreto, una vez efectuado el debido juicio de ponderación de intereses. Este es un punto de vista importante en la jurisprudencia constitucional comparada, pues corresponde a la tesis del Tribunal Constitucional Federal alemán³¹.

No obstante todos los argumentos que puedan servirle de apoyo, esta interpretación tropieza en el contexto de la Constitución chilena con un obstáculo formidable.

Como se ha visto, en la representación del voto de mayoría de la Comisión la explicitación del tratamiento diferenciado se encontraría en el inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol., esto es, la disposición procedente del Art. 75 del Código Civil. Pero si el *nasciturus* es titular del derecho a la vida, entonces no es lógicamente posible deducir de un imperativo de protección una autorización para no cumplir en toda su extensión el deber de protección que cabría deducir de ese derecho a la vida del *nasciturus*. Una norma imperativa, que contiene un deber de actuar de un determinado modo, no puede ser interpretada como una norma permisiva que autoriza la abstención de actuar de ese modo.

De todo lo dicho se desprende que una interpretación del precepto constitucional que sea leal con la distinción expresada en el texto constitucional, que respete la voluntad normativa subyacente al texto constitucional y que sea compatible con el sentido literal posible de los dos preceptos en cuestión, debe partir de la base que el voto de mayoría, para expresar su rechazo al voto de minoría, eludió la declaración expresa del *nasciturus* como persona o titular del derecho a la vida, e incorporó en su lugar en el texto constitucional una disposición proveniente del Código Civil.

cia, Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá, dejan entender que todo ser humano tendría derecho a la vida, y que la introducción del inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol. obedecería a la finalidad de “que en el futuro no se pudiese legislar en forma amplia acerca del aborto” (*Derecho Constitucional*, Tomo I, 2ª. Ed., 1994, p. 199).

³¹ Al respecto, Bascuñán Rodríguez, Antonio: “Límites a la Prohibición y Autorización Legal del Aborto Consentido en el Derecho Constitucional Comparado”, pp. 209-247.

Esta premisa responde directamente al contexto de las disposiciones constitucionales. Conforme a ella, la Constitución protege la vida de las personas reconociéndoles un derecho subjetivo público a la vida, pero protege al *nasciturus* de otro modo, mediante su declaración como objeto de protección imperativa para el Legislador. La explicación de la consagración de un mandato constitucional de protección legal del *nasciturus* se encuentra precisamente en la necesidad de compensar la ausencia del reconocimiento de un derecho subjetivo público a la vida del cual él sea titular.

De más está decirlo, esta interpretación es concordante con la técnica de protección del *nasciturus* empleada por el Código Civil chileno (Arts. 55, 74, 75 y 77), que sólo admite la condición de titular de derechos civiles a las personas naturales existentes, esto es, nacidas (Arts. 55, 74), suspendiendo hasta el nacimiento los derechos que se diferirían al *nasciturus* si fuera persona existente (Art. 77), pero declarándolo al mismo tiempo como objeto de protección legal (Art. 75). Transportada esta última norma al contexto constitucional, ello implica una declaración del *nasciturus* como objeto de protección legal forzosa aunque no sea un sujeto de derechos subjetivos públicos.

Esta tesis, que es sostenida por parte de la doctrina penal³², tiene sólido apoyo en la historia fidedigna del establecimiento del texto constitucional.

Diversas intervenciones de Enrique Evans, Jorge Ovalle y Enrique Ortúzar dejan entender que la protección constitucional de la vida del *nasciturus*, inclusive en términos de su derecho a la vida, se encontraría exclusivamente en el inciso segundo del Art. 19 N° 1. Así, al formular Enrique Evans su propuesta originaria de incorporar en la Constitución el Art. 75 del Código Civil, planteó como cuestión central si este deber de protección debía ser considerado como un deber absoluto o como una norma flexible, dando con ello a entender claramente que ésta era la norma constitucional relativa al *nasciturus*³³. Así también, al manifestar Jorge

³² Enfáticamente la sostiene Alfredo Etcheberry Orthustegui, como presupuesto de su análisis del delito de aborto (*Derecho Penal*, 3ª ed., 1998, Tomo III, pp. 91-92). Mario Garrido Montt también considera que el *nasciturus* se encuentra excluido de la categoría de las personas con derecho a la vida (*Derecho Penal, Parte Especial*, 1999, Tomo III, p. 24), aunque luego expresa algo enigmáticamente que “[l]a idea fundamental del aborto es la posible equiparación del *nasciturus* (...) con el ser ya nacido” (p. 97). Por su parte, Sergio Politoff, Francisco Grisolia y Juan Bustos sostienen que el *nasciturus* es el titular del bien jurídico protegido por las normas que sancionan el aborto, pero al mismo tiempo niegan que ello impida una valoración diferenciada de la vida del *nasciturus* en comparación con la vida del ser humano nacido (*Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª ed., 1993, pp. 137-138).

³³ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, en 14 de noviembre de 1974, pp. 14-15.

Ovalle su aprobación a la incorporación del Art. 75 del Código Civil, expresó que con ello se protegería la vida del que está por nacer, respetándose así el derecho a la vida del *nasciturus*, cuestión respecto de la cual él no discrepaba³⁴. Es precisamente en este carácter de única norma referida al *nasciturus* que Enrique Ortúzar acogió la propuesta de Enrique Evans como propuesta aceptada por la Comisión³⁵. Esto queda finalmente de manifiesto en el breve intercambio de opiniones entre los miembros de la Comisión que tuvo por objeto aclarar el resultado del debate en torno al derecho a la vida. A la sugerencia de Alejandro Silva Bascuñán, en el sentido de que habría acuerdo para que “se aseguren los derechos del que está por nacer”, Enrique Ortúzar respondió que conforme al acuerdo de la Comisión “la ley protegerá los derechos del que está por nacer”; a esto, Enrique Evans observó que la disposición constitucional acordada consistía en que “el legislador protegerá la vida del que está por nacer”, ante lo cual los otros dos miembros concordaron en que el bien relativo al *nasciturus* que la Constitución ordenaría proteger era la vida y no los derechos en general del *nasciturus*³⁶.

Estos antecedentes permiten explicar de un modo no problemático las expresiones de Enrique Ortúzar, en el sentido que la Constitución protegería el derecho a la vida del *nasciturus*. Su alusión al posible alcance del inciso primero del Art. 19 N° 1, por ejemplo, se entiende perfectamente como un argumento hipotético, esgrimido para el caso en que no hubiera en el texto constitucional una norma especialmente dedicada a la vida del *nasciturus*. Su referencia ante el Consejo de Estado al derecho a la vida del que está por nacer, por otra parte, corresponde indudablemente al inciso segundo del Art. 19 N° 2, que era precisamente lo necesitado de explicación ante ese órgano estatal³⁷.

Se puede, pues, sin lugar a dudas, afirmar que la Constitución protege al *nasciturus* mediante la incorporación en su texto de una regla que

³⁴ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, en 14 de noviembre de 1974, pp. 19-20.

³⁵ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 87ª, en 14 de noviembre de 1974, pp. 21; *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 89ª, en 21 de noviembre de 1974, p. 11.

³⁶ CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 90ª, en 25 de noviembre de 1974, p. 13.

³⁷ Las Actas de la Sesión así lo demuestran. El orden de la exposición de Enrique Ortúzar correspondió al orden del articulado de la propuesta de la Comisión: (a) uso de la expresión “personas” en vez de “habitantes” (encabezamiento del Art. 19); (b) recepción de las declaraciones internacionales de derechos humanos como fundamento de la inclusión del derecho a la vida (Art. 19 N° 1, inciso primero); (c) explicación del establecimiento del derecho a la vida del que está por nacer (Art. 19 N° 1, inciso segundo); (d) exigencia de ley de quórum calificado para establecer la pena de muerte (Art. 19 N° 1 inciso tercero) (*loc. cit.*, *supra*, nota 29).

anteriormente sólo tenía rango legal. La redacción de la disposición así lo demuestra, y así lo entendieron muy claramente la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución³⁸ y el Consejo de Estado³⁹. En el contexto legal y constitucional, esta regla hace de la vida del *nasciturus* un objeto de protección, sin hacer del *nasciturus* un titular del derecho a la vida.

Resta por determinar cuál sea el alcance de esta protección.

Desde luego, del hecho que la Constitución reconozca la vida del *nasciturus* como objeto de protección, sin conceder al *nasciturus* la calidad de titular del derecho constitucional a la vida, se deducen varias consecuencias negativas para el estatus constitucional de la vida del *nasciturus*:

- (aa) el reconocimiento como objeto de protección no ofrece los procedimientos judiciales específicos de protección, los de amparo o protección, que sí ofrece el reconocimiento como derecho constitucional;
- (bb) el reconocimiento como objeto de protección no permite fundamentar con la misma conclusividad la existencia de una norma de comportamiento correlativa (la prohibición de atentar contra ese objeto), como sí lo permite el reconocimiento como derecho constitucional;
- (cc) el reconocimiento como objeto de protección no impone la obligación de asignar a ese objeto un peso específico como sí lo impone el reconocimiento como derecho constitucional (y que en el caso del derecho a la vida es máximo).

Para el caso que en su momento conoció la Corte Suprema, la consecuencia (aa) es crucial. Puesto que el *nasciturus* no es titular del derecho constitucional a la vida, resulta improcedente la interposición de una acción de protección a favor de la vida de un embrión preimplantacional. El así denominado “recurso de protección” es una acción de tutela de un derecho subjetivo público y no un procedimiento de control genérico de la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado⁴⁰.

³⁸ “Se constitucionaliza así una norma que por lo demás contempla nuestro Código Civil desde su dictación” (CENC: *Actas Oficiales de la Comisión...*, Sesión 407ª, en 9 de agosto de 1978, p. 3339).

³⁹ El miembro del Consejo, Juvenal Hernández, planteó “sus dudas en cuanto a las ventajas de trasladar a la Constitución una norma del derecho privado, como es la protección del que está por nacer” (CE: *Actas de las Sesiones del Consejo de Estado*, Sesión N° 58, en 12 de diciembre de 1978, líneas 3 a 5 de la página manuscrita respectiva). La mayoría de los integrantes del Consejo no compartió estas dudas; dentro de los que sí lo hicieron se encontraba el ex Presidente de la República, y presidente del Consejo, Jorge Alessandri Rodríguez.

⁴⁰ Distinto es el caso de la acción de nulidad de derecho público, cuyo presupuesto —en caso de considerársela admisible— no se reduce a la lesión de un derecho constitucional. El presupuesto de la invalidación del acto estatal es la infracción a una norma constitucional, y no sólo a una norma constitucional de derecho subjetivo.

En cuanto ahora a las consecuencias positivas relativas al estatus constitucional de la vida del *nasciturus*, éstas son de dos órdenes. Una es consecuencia necesaria, es decir, no se la puede negar si se admite la existencia del imperativo constitucional de protección de la vida del *nasciturus*. La otra depende de una decisión interpretativa.

El inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol. produce necesariamente el efecto de establecer un deber cuyo destinatario es el legislador. Con esta disposición, la Constitución elevó de rango la disposición respectiva del Código Civil (Art. 75), asegurándole primacía jerárquica frente a disposiciones legales contradictorias. Al elevar de rango el imperativo de protección legal del que está por nacer, ya no puede ser válida una decisión del legislador en orden a desproteger injustificada, arbitraria o absolutamente al *nasciturus*. Con ello se produce un efecto de mayor protección del *nasciturus*, en la medida en que se restringe el ámbito de prerrogativa de decisión del legislador para establecer disposiciones que pudieran implicar una desprotección de su vida.

La consecuencia antedicha es innegable. Lo que queda por resolver es si, además de esa protección indirecta, puede atribuirse al inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol. el efecto de dispensar alguna clase de protección directa.

La respuesta afirmativa a la cuestión anterior podría argüir del siguiente modo. El imperativo de protección de la vida del *nasciturus*, dirigido al legislador, se basa en la consideración de la vida del *nasciturus* como un objeto merecedor de protección jurídica. Esto significa que la vida del *nasciturus* no es irrelevante para la Constitución; en ella se encuentra una opción por la vida del *nasciturus*, oponible a la voluntad contraria de una eventual mayoría democrática. Esa opción constitucional contramayoritaria permite considerar la vida del *nasciturus* como un bien jurídico constitucionalmente protegido, y ese estatus permite afirmar, por vía interpretativa, la existencia de una prohibición constitucional de atentar contra su vida.

Esta interpretación de la vida del *nasciturus* como objeto de protección constitucional le asigna algún peso específico en caso de conflicto entre su protección y la protección de otros derechos constitucionales. Asimismo, el reconocimiento de una prohibición constitucional de atentar contra la vida del *nasciturus* permite fundamentar la antijuridicidad de la acción de ocasionar su muerte, con todas las consecuencias que pueden derivarse de ello, con independencia de la legislación. Finalmente, puede incluso sostenerse que la opción constitucional por la vida del *nasciturus* obliga a entender incorporado en el mandato de protección dirigido al

legislador un mandato de expresión de la antijuridicidad del atentado al *nasciturus*.

Por su parte, la respuesta negativa a la pregunta por la existencia de una protección constitucional directa de la vida del *nasciturus* puede ofrecer el siguiente argumento. De la existencia del imperativo de protección dirigido al legislador se deduce no sólo la existencia de una opción constitucional por la vida del *nasciturus*, sino además una opción constitucional por el medio o forma de asegurar esa opción por la vida del *nasciturus* en el ordenamiento jurídico, cual es, imponer a los órganos colegisladores un deber (supralegal) de establecer una adecuada protección legal. En relación con la vida del *nasciturus*, en la Constitución sólo se encuentra una norma cuyo destinatario es el legislador.

Conforme a esta interpretación, la protección constitucional del *nasciturus* sería exclusivamente una protección indirecta, mediada por la necesaria intervención de la protección legal. Por esta razón, el atentado contra la vida del feto no podría ser considerado como constitutivo de un ilícito constitucional, es decir, de un hecho antijurídico por referencia a normas constitucionales que lo prohíben. Estas normas no existirían.

Como se puede apreciar, la redacción del texto constitucional acordada por el voto de mayoría deja a cargo del intérprete la decisión de un ámbito considerable de cuestiones. La Corte Suprema fue incapaz de advertir todo este ámbito de problemas interpretativos⁴¹.

3. Problemas de ponderación de intereses

La interpretación de la Constitución defendida en la sección anterior parece a primera vista depender exclusivamente de consideraciones relativas a la historia fidedigna del establecimiento de las disposiciones constitucionales. Esa impresión no es correcta.

El fundamento de la tesis de la diferenciación entre la protección constitucional de la vida del *nasciturus* y la protección del derecho a la vida de las personas no es de carácter histórico, sino sistemático y valorativo. Lo relevante como premisa no es el hecho histórico del voto de mayo-

⁴¹ En lo que respecta al punto de vista del 20° Juzgado Civil de Santiago, si bien su sentencia omite por completo el análisis de las dificultades interpretativas que ofrece el artículo 19 N° 1 de la C. Pol., cabe señalar que en términos generales su decisión es consistente con la interpretación más restringida del precepto. En efecto, la declaración de nulidad se basa en que el acto administrativo impugnado, en tanto desprotege la vida del *nasciturus*, infringe el deber de protección establecido en el inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la C. Pol. (considerandos 51°, 52°).

ría, sino el reconocimiento expresado en ese voto de un principio constitucional, cual es, el de la exigibilidad diferenciada del deber de abstenerse de matar al *nasciturus* en relación con la exigibilidad del deber de abstenerse de matar a otro.

Lo que afirmaba la propuesta de Jaime Guzmán, siguiendo la doctrina del Magisterio Oficial de la Iglesia Católica, era la extensión al *nasciturus* de la consideración de la prohibición de matar a otro como un absoluto moral. Lo que hizo el voto de mayoría fue rechazar esa afirmación. Se trata, pues, de dos concepciones antagónicas acerca de la exigibilidad del deber de abstenerse de matar a otro.

Desde un punto de vista histórico es inequívoco que la concepción defendida por Jaime Guzmán fue rechazada por los redactores de la Constitución. Afirmar, como lo hace la Corte Suprema, que esa concepción es la consagrada por la Constitución, es falso. Eso ya está demostrado. Lo que ahora corresponde demostrar es que, además, esa concepción es incorrecta. El principio correcto, desde un punto de vista moral y jurídico, es el de la exigibilidad diferenciada, consagrado en la Constitución. Esta sección tiene por objetivo examinar este principio y sus principales consecuencias.

El primer paso en este examen es precisar en qué puede consistir el carácter “absoluto” de la prohibición de matar a los seres humanos nacidos.

La teología moral de Tomás de Aquino afirma como principio moral la prohibición absoluta de matar a otro ser humano⁴². Esta prohibición, sin embargo, no es una norma jurídica. Se trata, además, de una tesis moral incorrecta, pero para los efectos de este artículo basta con demostrar que no pertenece al derecho vigente. Desde el punto de vista del derecho occidental, la verdad es precisamente la contraria: el derecho autoriza en ciertos casos el homicidio deliberado de un ser humano. No existe una prohibición jurídica irrestricta de matar a otro.

El caso más obvio en que el homicidio se encuentra autorizado es la legítima defensa. El caso más importante como demostración de la incorrección de la postura de la teología moral tomista, sin embargo, es el del estado de necesidad defensivo. Este es también el caso más relevante para el análisis del conflicto de intereses que origina la protección de la vida del *nasciturus* en contra de la voluntad de la mujer embarazada.

La diferencia entre la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo se encuentra en que en el primer caso se reacciona contra una

⁴² “[D]e ningún modo es lícito matar al inocente” (Tomás de Aquino, *Suma de Teología*, II-II, q. 64 a. 6). La muerte deliberada justa, excluida de la prohibición en virtud de la calificación del otro como un “inocente”, es la cometida como ejecución de una condena judicial: “(...) cuando la muerte de los malos no entraña un peligro para los buenos, sino más bien seguridad y protección, se puede lícitamente quitar la vida de aquéllos” (II-II, q. 64).

agresión ilegítima (y, según algunos, culpable). En el estado de necesidad defensivo, por el contrario, se reacciona contra un peligro generado por un ser humano, que no puede calificarse como agresión ilegítima (o, según algunos, culpable). En el estado de necesidad defensivo se mata deliberadamente a un ser humano inocente y ese homicidio se encuentra no obstante autorizado por el derecho. Si es correcto matar en estado de necesidad defensivo, entonces es evidente que no existe una prohibición absoluta de matar a otro⁴³.

En la filosofía moral anglonorteamericana, gracias al ejemplo de Robert Nozick, este caso es conocido como el caso de la *amenaza inocente*: alguien es amenaza inocente si es inocentemente un agente causal en un proceso tal que sería un agresor si hubiera elegido ser esa clase de agente⁴⁴. En la doctrina penal alemana⁴⁵, los casos de estado de necesidad defensivo son sistemáticamente clasificados en función de la clase de requisitos de la legítima defensa cuya ausencia en el caso concreto impide la calificación de la situación como una agresión ilegítima actual o inminente: casos de ausencia de agresión por ausencia de acción, casos de ausencia de ilegiti-

⁴³ La teología moral de Tomás de Aquino intenta eludir esta objeción mediante la doctrina del voluntario indirecto o doctrina del doble efecto. Conforme a esta doctrina, si (1) un mismo acto produce dos efectos, uno de los cuales es intencionado y el otro no, si (2) el efecto intencionado es lícito, y si (3) el efecto no intencionado es proporcionado al efecto intencionado, entonces la licitud de aquél cubre éste. Ello, porque los actos morales reciben su especie de lo que está en la intención (II-II, q. 64, a.7). Esta es una concepción subjetiva extrema de la calificación de la licitud del acto. Discutir su incorrección excede el margen de estas páginas. Baste en este lugar con señalar: (a) que cuando la muerte de otro es consecuencia necesaria del acto de defensa, cabe asumir ese resultado como abarcado por una intencionalidad equivalente a la del propósito defensivo (dolo directo); (b) que no es razonable basar la justificación del acto en consideraciones exclusivamente subjetivas: la situación defensiva debe concurrir objetivamente para que proceda la justificación; (c) que si bien es razonable exigir el conocimiento de la situación defensiva para justificar plenamente la muerte de otro, eso en ningún caso implica que su desconocimiento fundamente la calificación del hecho como homicidio consumado; y (d) que la exigencia adicional de una motivación exclusivamente defensiva es por regla excesiva desde el punto de vista de la justicia política. Desde el punto de vista de la justicia política, lo correcto es reconocer como plenamente justificada la muerte aún intencional de otro, en casos objetivos de defensa que sean conocidos por el que mata (satisfaciéndose en lo demás los requisitos de la prohibición de exceso en la reacción defensiva).

⁴⁴ Nozick, Robert: *Anarchy, State and Utopia*, 1974, p. 34. El caso de Nozick es fantástico: Si alguien levanta a un tercero y lo arroja contra usted al fondo de un pozo profundo, ¿puede usted usar su pistola de rayos para desintegrar el cuerpo que cae antes de que se estrelle y lo mate a usted, suponiendo que la persona lanzada pudiera sobrevivir a la caída sobre usted?

⁴⁵ En general, Roxin, Claus: *Derecho Penal, Parte General*, 1997, pp. 705-712. Con más detenimiento, Otte, Lars: *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand* (El Estado de Necesidad Defensivo Originado por Seres Humanos), 1998. En la doctrina española, Baldó Lavilla, Francisco: *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, 1994, especialmente pp. 43-106.

midad de la acción agresiva, casos de ausencia de actualidad o inminencia de la acción agresiva⁴⁶.

- (aa) casos de ausencia de agresión por ausencia de acción: un ser humano genera el peligro para otro en virtud de movimientos corporales reflejos, o bien ocasionados por el padecimiento de una *vis absoluta*, o en estado de inconsciencia;
- (bb) casos de ausencia de ilegitimidad de la agresión: un ser humano genera el peligro para otro obrando en error invencible acerca de la situación en que se encuentra, tal como es definida por las normas que prohíben o permiten ese comportamiento (error de tipo prohibitivo o permisivo);
- (cc) casos de ausencia de actualidad o inminencia de agresión: un ser humano manifiesta su disposición a agredir en el futuro, particularmente cuando ha agredido en el pasado (por ejemplo, en el síndrome de la mujer maltratada).

Lo característico de los casos (aa) y (bb) es que el ser humano que genera el peligro para otro es inocente. Ese peligro no puede serle imputado como una acción contraria al derecho. Precisamente por ello, en ninguno de estos casos puede afirmarse la procedencia de la legítima defensa. Pero en todos ellos puede llegar a justificarse la muerte de quien origina ese peligro, si es el medio necesario para apartar el peligro. Y la razón es obvia: del hecho que un ser humano origine inocentemente un peligro no se deduce para el afectado un deber de tolerarlo. El afectado por ese peligro tiene derecho a reaccionar en defensa de sus intereses.

Por supuesto, debe satisfacerse un buen número de requisitos para que esa reacción defensiva se encuentre justificada. Tal como en la legítima defensa, la reacción lesiva del inocente tiene que ser el medio necesario (adecuado y menos lesivo) para apartar el peligro por él generado. Además, tiene que satisfacerse un requisito de ponderación entre el interés que se defiende (el interés de quien se ve afectado por el peligro generado, en adelante “interés de protección”) y el interés que se lesiona como medio para defenderse (el interés del ser humano que generó el peligro que es necesario afectar mediante la reacción defensiva, en adelante, “interés de afectación”). Es en relación con este requisito que tiene sentido hablar de un “valor absoluto” de la vida humana, y por lo mismo, donde se produce

⁴⁶ Para una postura doctrinaria, a estas constelaciones de casos se agrega una cuarta categoría, la de los casos en que la agresión no es culpable. Estos son casos de acciones antijurídicas cometidas por inimputables (menores de edad, enajenados mentales) o bien por agentes que obran en error de prohibición invencible o en una situación de exculpación, como por ejemplo el miedo insuperable.

el efecto del principio de exigibilidad diferenciada consagrado en la Constitución.

La institución del estado de necesidad⁴⁷ se caracteriza por exigir la satisfacción de un estándar de preponderancia en la ponderación entre el interés de protección y el interés de afectación. Conforme a este estándar, el interés que se protege de un peligro debe tener mayor peso específico que el que se afecta para apartar ese peligro. Esta exigencia de preponderancia corresponde, sin embargo, a la situación del estado de necesidad agresivo, es decir, a situaciones en las cuales el interés de afectación no representa la fuente del peligro para el interés de protección. Este es el caso paradigmático de estado de necesidad: sacrificar el interés de un tercero, ajeno a la generación del peligro, para proteger un interés propio. La razón de la exigencia de preponderancia es obvia: si el interés de afectación es enteramente ajeno a la creación del peligro, no puede justificarse su afectación como medio para proteger un interés de menor peso específico.

Por esta razón, para el derecho penal europeo continental nunca puede justificarse por estado de necesidad agresivo la muerte de otro. Aquí se encuentra, precisamente, el ámbito de aplicación del carácter “absoluto” de la vida humana como interés o valor protegido por el derecho, en que no admite ser relativizado en un juicio de ponderación con otros intereses, ni siquiera otras vidas. No hay vidas humanas que valgan menos que otras. No se puede matar justificadamente a un ser humano ajeno a la generación de un peligro para evitar la concreción de ese peligro, incluso si es un peligro letal.

Distinto es el caso de aquel ser humano que genera el peligro, o sea, el caso del estado de necesidad defensivo. Aquí, el estándar de ponderación ya no exige preponderancia sino que se conforma con una equivalencia de los intereses en conflicto. El caso más obvio, para un homicidio en estado de necesidad defensivo, es la protección de otra vida humana. Puesto que no hay vida humana más valiosa que otra, se trata de intereses por definición equivalentes. El afectado que no tiene deber de tolerar el peligro puede, por lo tanto, legítimamente defenderse del ser humano inocente que lo genera, incluso matándolo.

En resumen, la prohibición de matar a un ser humano nacido reconoce al menos dos excepciones: (a) la legítima defensa y (b) el estado de

⁴⁷ El Código Penal chileno regula el estado de necesidad agresivo como causa de justificación de atentados a la propiedad (Art. 10 N° 7 del C. P.). En el contexto del Código Penal chileno, tanto el estado de necesidad defensivo como el estado de necesidad agresivo justificante de atentados a bienes personalísimos deben construirse como casos de ejercicio legítimo de un derecho, en el sentido del artículo 10 N° 10 del C. P.

necesidad defensivo. En estos dos casos está permitido matar intencionalmente a otro ser humano nacido. El carácter “absoluto” de la prohibición se refiere a que no es admisible matar a un ser humano vivo en estado de necesidad agresivo. Ningún interés puede tener un peso preponderante respecto del interés que cada ser humano nacido tiene en su supervivencia, cuando éste es ajeno al peligro creado para esos eventuales intereses.

Este es, pues, el horizonte normativo sobre el cual cabe analizar la tesis del voto de mayoría de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, que consagró el principio de la exigibilidad diferenciada: Si la prohibición de matar a un ser humano nacido encuentra sus excepciones en la legítima defensa y en el estado de necesidad defensivo, pero no en el estado de necesidad agresivo, ¿qué excepciones cabe adicionalmente reconocer respecto de la prohibición de matar al *nasciturus*?

De lo dicho se desprende que hay dos posibles sentidos en los cuales la prohibición de atentar contra la vida del *nasciturus* puede verse relativizada en comparación con la prohibición de atentar contra la vida de los nacidos: (a) la aceptación del estado de necesidad agresivo, y (b) la atenuación de las exigencias del estándar de ponderación de intereses en el estado de necesidad defensivo.

El primer contexto corresponde, a grandes rasgos, a la problemática de la justificación del uso de células germinales humanas provenientes de embriones preimplantacionales para fines terapéuticos o de investigación. La cuestión debatida en este contexto es precisamente si una célula germinal humana puede ser usada como un medio para el logro de un fin valioso, pero que en ningún caso consiste en eliminar un peligro creado por esa célula. El segundo contexto corresponde a la problemática de la justificación de la muerte del embrión o feto en defensa de los intereses de la mujer que se verían afectados por el embarazo y la maternidad. Este último es el contexto al que corresponden estas páginas.

Todo embarazo no consentido por la mujer constituye un caso de estado de necesidad defensivo. Para la mujer que no desea el embarazo, el embrión o feto es una amenaza inocente (en el sentido de Nozick) para sus intereses personales. Un embarazo no consentido implica la afectación del interés de la mujer en su autonomía reproductiva. Éste es un interés personalísimo de relevancia constitucional. En tanto decisión acerca de su maternidad y descendencia, la autonomía reproductiva forma parte de su derecho a la vida privada, en el sentido del artículo 19 N° 4 de la C. Pol. La decisión de cuándo y en qué condiciones tener uno o más hijos pertenece al ámbito más íntimo y significativo de la vida personal, y en tal carácter debe quedar entregado a la determinación exclusiva del individuo. En tanto

decisión acerca del embarazo, la autonomía reproductiva de la mujer forma parte de su derecho a la integridad física y psíquica, en el sentido del artículo 19 N° 1 de la C. Pol. El embarazo constituye una evidente alteración del estado corporal de la mujer, con consecuencias importantes para sus estados mentales. La consideración más importante de la autonomía reproductiva de la mujer es, sin embargo, su dignidad personal. Un embarazo no consentido pone a la mujer constreñida a tolerarlo en la condición de ser usada como medio para favorecer a otro. Es por esta razón que el deber de tolerar el embarazo excede con mucho el deber de abstenerse de matar a otro.

Además del conflicto necesario de intereses en todo caso de embarazo no consentido, eventualmente un embarazo puede afectar de modo más intenso la autonomía de la mujer o incluso poner en peligro su salud o su vida. Tal es, en primer lugar, el caso del aborto terapéutico, en el que es diagnosticado como probable para un tiempo futuro un considerable peligro para la vida o la salud de la mujer. Lo mismo en los casos de embarazos provenientes de acciones idóneas para producir un efecto reproductivo que no fueron no consentidas. La misma pregunta se plantea en casos de embarazos de embriones o fetos que evidencian patologías tales que lo hacen inviable. Finalmente, la cuestión se puede plantear también en casos de embarazos que por distintas razones circunstanciales puedan colocar a la mujer en una grave situación de precariedad socioeconómica. En todos estos casos, la pregunta consiste en si es exigible o no a la mujer un sacrificio de sus intereses personales que excede del umbral básico de afectación que todo embarazo trae consigo⁴⁸.

Este es el rango de cuestiones en las cuales legislador goza de una prerrogativa de decisión para establecer normas que prohíban y que autoricen la eliminación de un embrión o feto. Como se ha visto en la sección anterior, los adherentes al voto de mayoría de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución parecían suponer que dentro de este rango el legislador podía decidir discrecionalmente. Por tal razón, la pregunta por la auto-

⁴⁸ Obsérvese que dentro de estos casos no se encuentra incluido aquél en que el embarazo implica un peligro actual o inminente para la vida o de grave daño para la salud de la mujer, y la muerte del feto es el medio necesario para apartar ese peligro. Este no es un caso de aborto terapéutico, en el sentido de una situación de inexibilidad bajo el principio de la exigibilidad diferenciada. Este es un caso de auténtico estado de necesidad defensivo, en un supuesto de ausencia de agresión por ausencia de acción. Aquí se dan todos los requisitos que justifican la acción conforme a la institución general del estado de necesidad defensivo. Por tal razón, no puede negarse la justificación de este caso de aborto. Si por regla general ningún ser humano tiene que tolerar el peligro letal que proviene de otro, aunque este último sea inocente, entonces no cabe imponer a la mujer embarazada el deber de tolerar ese peligro. Sostener lo contrario sería incurrir en una discriminación arbitraria en perjuicio de la mujer.

rización de la eliminación del embrión o feto sólo podía encontrar respuesta en la legislación. Esa asunción es, al menos en parte, manifiestamente errónea.

En primer lugar, la existencia de un imperativo de protección de la vida del *nasciturus* representa un estándar de control de la constitucionalidad de la decisión legislativa acerca de la autorización de acciones que ocasionen la muerte de seres humanos no nacidos. En tal carácter, el orden constitucional debe proveer algún punto de apoyo para delimitar las autorizaciones legislativas conformes a la Constitución de las autorizaciones legislativas contrarias a la Constitución.

En segundo lugar, si las excepciones a la prohibición de matar se caracterizan por la colisión de intereses, cuando los intereses de protección cuya defensa requiere la muerte del *nasciturus* tienen rango constitucional, se trata de un conflicto de normas constitucionales. En la propia Constitución debe encontrarse, por lo tanto, el criterio para la solución de esos conflictos. La lógica de la ponderación del estado de necesidad corresponde en sus rasgos generales a la lógica de la ponderación en los conflictos de intereses de relevancia constitucional.

El conflicto de intereses, entre, por una parte, la protección de la vida del embrión preimplantacional y, por la otra, la afectación de los intereses personalísimos de la mujer que no desea el embarazo, es el problema que plantea el caso de los anticonceptivos de emergencia con eventual resultado impeditivo de la anidación. No se trata de decidir, como falazmente lo plantea la Corte Suprema, si el embrión preimplantacional es o no persona⁴⁹. De lo que se trata es de decir cuáles son los costos que legítimamente puede imponerse a otro para conservar su vida.

Mientras no sea incorporada la dimensión de los intereses de la mujer afectados por el embarazo no consentido en un juicio de ponderación de intereses, la jurisprudencia estará por debajo de los desafíos que la propia Constitución le exige enfrentar.

4. Problemas adicionales

En el debate público y jurídico concerniente a los anticonceptivos de emergencia es usual hacer referencia a dos marcos regulativos adicionales a la Constitución. Por una parte, se invoca la Convención Americana de Derechos Humanos para apoyar la calidad de persona del *nasciturus*. Por

⁴⁹ O, en los términos de la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago, si el embrión preimplantacional es o no un ser “que está por nacer” (considerandos 43° a 45° y 52°).

otra parte, se sostiene que la acción de impedir la anidación del embrión es constitutiva de aborto, en el sentido del Código Penal. Ambas aseveraciones son incorrectas.

a) *La Convención Americana de Derechos Humanos*⁵⁰

La Corte Suprema cita al artículo 4 N° 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) como fundamento de su decisión (considerando 20°)⁵¹. Este precepto es del siguiente tenor:

Art. 4°. *Derecho a la vida*. 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

En el contexto del debate en torno al estatus de la vida del *nasciturus* en el derecho suprallegal la cita de esta disposición tiene por finalidad demostrar la titularidad del derecho a la vida por parte del *nasciturus*. Pero la verdad es que el sentido de la disposición es precisamente el opuesto. La frase “y en general, a partir del momento de la concepción” es un complemento al deber de protección derivado del reconocimiento del derecho a la vida, cuyo alcance es menos estricto.

La expresión “en general” fue introducida en el texto del proyecto original —que no la contemplaba, a sugerencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La razón de la Comisión consistió en la necesidad de conciliar las divergencias existentes en los ordenamientos jurídicos estatales en relación con la protección legal del *nasciturus*⁵². La propuesta de la Comisión fue mantenida por la Conferencia Especializada de 1969, a pesar de haber sido objeto de crítica y existir propuestas de modificación, tanto para intensificar la protección del *nasciturus* como para excluirla del todo. Así pues, a la luz de sus antecedentes históricos, es claro que la disposición de la Convención Interamericana, lejos de ser una

⁵⁰ Para la redacción de esta sección me he basado en el Capítulo II de la obra de Medina, Cecilia: “La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia: Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial”, en publicación por Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos. Cumpló aquí con agradecer a la autora la gentil autorización para su uso.

⁵¹ El 20° Juzgado Civil de Santiago también lo invoca como norma aplicable al caso (considerando 40°).

⁵² CIDH: “Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos” [1968], 1973, p. 320 (según Cecilia Medina, *supra*, nota 50).

regla que consolide el estatus del *nasciturus* como titular del derecho a la vida, tiene el carácter de un deber de protección menos categórico que el derivado del derecho a la vida.

A diferencia de lo sucedido en la jurisprudencia chilena, que hasta el momento ha desconocido el sentido del inciso segundo del Art. 19 N° 1 de la C. Pol., en el sistema interamericano de derechos humanos se ha producido el reconocimiento institucional del auténtico sentido y alcance del precepto en cuestión.

En el caso *Baby Boy*, promovido por una persona jurídica norteamericana bajo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), el peticionario sostuvo que el Art. I de la Declaración, que establece “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la integridad de su persona”, debía ser entendido en el sentido del Art. 4.1 de la Convención, por lo que la autorización del aborto por el derecho interno de un Estado sería contraria al derecho interamericano de los derechos humanos. La Comisión Interamericana examinó la historia fidedigna del establecimiento del Art. I de la Declaración, constatando que en su génesis se había propuesto y desechado una mención al *nasciturus*, precisamente para no prejuzgar el estatus de las normas de derecho interno que autorizaban el aborto. Asimismo, la Comisión negó que el Art. 4.1 tuviera el alcance atribuido por el peticionario, sosteniendo, por el contrario, que la expresión “en general” producía el efecto de hacer compatible con la Convención las normas de derecho interno que autoricen el aborto⁵³.

La idea de que el derecho internacional de los derechos humanos es proclive al reconocimiento de un deber absoluto de protección de la vida del *nasciturus*, oponible en todo caso a la mujer que no consiente en el embarazo, es falsa. En el derecho internacional de los derechos humanos la tesis dominante es precisamente la inversa: una prohibición absoluta de eliminar al *nasciturus* sería incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos, por representar una afectación intolerable de los derechos de la mujer. Esto se encuentra fuera de discusión en el derecho europeo de los derechos humanos⁵⁴. En el contexto del sistema internacio-

⁵³ CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos): Caso *Baby Boy c. Estados Unidos*, N° 2141, en Informe N° 23/81 de 06 de marzo de 1981, pp. 187-209, párr. 2 y 25 (según Cecilia Medina, *supra*, nota 50).

⁵⁴ Así, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Brügge-mann and Scheuten v. The Federal Republic of Germany*, N° 6959/75, en el cual fue validada la decisión *pro nasciturus* del Tribunal Constitucional Federal Alemán, pero reconociéndose que el Art. 8° de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (1950), que garantiza el derecho a la vida privada, impone límites a la protección del *nasciturus* mediante la prohibición del aborto. Recientemente, la Corte Europea de Derechos Humanos ha validado esta decisión en *Vo v. France*, *supra*, nota 26, considerando 76.

nal de los derechos humanos, el Estado de Chile ha recibido observaciones críticas de organismos internacionales por mantener, en el nivel legal, una prohibición absoluta del aborto⁵⁵.

Así pues, la consideración del derecho internacional de los derechos humanos confirma la corrección de la interpretación de la Constitución de 1980 sostenida en la sección anterior: el principio constitucional legítimo es el de la exigibilidad diferenciada de la prohibición de atentar contra el *nasciturus*.

b) *El Código Penal*

La protección del interés que tienen los seres humanos en su supervivencia a través del derecho penal tiene como rasgo característico el hecho de que se efectúa mediante la distinción de diferentes niveles. Así, un primer nivel de protección es el que corresponde a la regulación del delito de homicidio y sus diversas variantes. El segundo nivel de protección corresponde a la regulación del delito de aborto en sus distintas hipótesis. Finalmente, la legislación especial sobre reproducción asistida ha originado un tercer nivel de protección para el embrión preimplantacional. En el derecho chileno vigente hasta el momento sólo existen, en el plano de la legislación penal, el primer y segundo nivel de protección.

El Código Penal regula el delito de aborto en sus artículos 342 a 345. La fórmula legal describe el núcleo de la acción típica como “causar un aborto” (y en el caso de la mujer, además, “consentir en que otra persona cause (su) aborto”). La interpretación de estas disposiciones debe fijar dos momentos: (a) hasta qué momento del desarrollo del ser humano es aplicable la regulación del aborto, en relación con la aplicabilidad de la regulación del homicidio, y (b) a partir de qué momento es aplicable la regulación del aborto. Este segundo problema es el que corresponde analizar aquí.

A este respecto, la postura dominante en el derecho y la doctrina comparados es la de considerar la consolidación de la anidación del em-

⁵⁵ “El Comité se encuentra preocupado por el inadecuado reconocimiento y protección de los derechos reproductivos de las mujeres en Chile. El Comité se encuentra especialmente preocupado por las leyes que prohíben y sancionan toda forma de aborto. (...) El Comité recomienda que el Gobierno considere la revisión de las leyes relativas al aborto, con el propósito de su reforma, en particular para ofrecer un aborto seguro y permitir la interrupción del embarazo por razones terapéuticas o en razón de la salud de la mujer, incluyendo su salud mental” (*Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación en Contra de la Mujer*, presentado en las sesiones 20ª, 19 de enero-5 de febrero de 1999, y 21ª, 7-25 de junio de 1999, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, A/54/38/Rev.1, párrafos 228 y 229; traducción personal del original en inglés).

brión en el endometrio de la mujer como el hito que marca el inicio de este nivel de protección penal, fenómeno que se produce aproximadamente entre el día séptimo y el día decimotercero posteriores a la fecundación del óvulo por el espermio, siempre y cuando el embrión se encuentre dentro del útero.

El dato empírico de la anidación y su relevancia para el desarrollo de la vida del embrión no es algo que se discuta. La cuestión que requiere fundamentación es el por qué se dispensa protección penal a la vida humana anidada, y no en el tiempo que media entre la concepción y la anidación. En la doctrina comparada se manejan cuatro órdenes de fundamentos. Tres de ellos son de carácter general, es decir, aplicables como consideración de merecimiento de protección en todas las ramas del derecho. Los otros dos son específicamente penales, es decir, responden a las peculiaridades de la configuración del delito de aborto.

El primer fundamento de carácter general tiene la forma de un argumento ontológico. Por las razones dadas arriba, a propósito del argumento de la Corte Suprema para atribuir al embrión preimplantacional el estatus de persona, se considera que no puede estimárselo como idéntico en merecimiento de protección al embrión o feto ya anidado. Sin la anidación no puede emerger el programa de desarrollo embrionario, y sin constitución del programa de desarrollo no puede reconocerse en ese organismo ni siquiera la condición de individuo, en el sentido específicamente biológico que presupone la calificación moral de persona.

El segundo fundamento de carácter general también se refiere a una diferencia de valoración. La razón del merecimiento de protección de la vida humana es su consideración como un interés. Que la vida sea un bien jurídico-penal significa que constituye un presupuesto del libre desarrollo de la personalidad. Lo que se protege, pues, es el interés de la persona en su supervivencia. La vida del embrión se protege en función de ese interés futuro, como interés potencial. La afirmación de ese interés potencial requiere la constatación de alguna viabilidad en relación con el desarrollo del embrión. Esa viabilidad exige como mínimo su anidación en el endometrio.

El tercer fundamento de carácter general descansa en una consideración relativa al juicio de ponderación de intereses, en relación con la autonomía reproductiva de la mujer. Antes de la anidación no se ha producido el hecho natural que vincula el cuerpo del embrión al cuerpo de la mujer. La existencia de la norma que sanciona el aborto consentido por la mujer implica la exigibilidad para la mujer de un deber de tolerar esa vinculación. Aplicar el mismo criterio a la situación previa a la anidación implicaría una intensificación de la exigibilidad a la mujer: ya no se exigiría el deber de

tolerar el hecho acaecido, sino además un deber de tolerar la posibilidad de ese hecho. Esa intensificación exige una declaración legislativa explícita y no puede ser legítimamente producida por el intérprete.

En lo que respecta ahora a los fundamentos específicamente penales, el primero consiste en un argumento hermenéutico, por lo que descansa en última instancia en el principio de la legalidad. Este argumento se basa en la constatación de que la regulación del aborto presupone un embarazo. Puesto que el estado de embarazo supone la existencia de una relación estable de simbiosis del cuerpo de la mujer y el cuerpo del embrión o feto, y puesto que esta relación se produce con la consolidación de la anidación del embrión en el endometrio de la mujer, se concluye que la anidación constituye un presupuesto del delito de aborto, tal como se encuentra legalmente configurado.

El segundo fundamento específicamente penal consiste en un conjunto de consideraciones de política criminal. Estas consideraciones se basan en las condiciones en que se encuentra el embrión *in vivo* antes de la anidación y en la incertidumbre que ello acarrea en relación con su existencia y la constatación de su eliminación. Aún si no se hicieran diferencias en cuanto al estatus de un embrión preimplantacional y un embrión anidado, subsiste sin embargo el problema de la imposibilidad práctica de constatar el atentado en su contra.

Antes de su anidación en el endometrio, la existencia *in vivo* del embrión preimplantacional no puede comprobarse con los métodos de uso extendido. Además, debido a su inestabilidad no puede realizarse el juicio de imputación objetiva de su destrucción a la acción deliberadamente encaminada a expulsarlo. Frente a semejante imposibilidad práctica, cualquier ejercicio de la acción penal se encontraría con tales dificultades de prueba, que de modo inevitable terminaría en una absolucón o a lo más en la afirmación de una tentativa inidónea, por la aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Desplegar los medios brutales del procedimiento penal, con la masiva intromisión y ruptura del ámbito de la vida privada que ello conlleva, a sabiendas que el resultado será muy probablemente una sentencia absolutoria, constituye una infracción manifiesta de la prohibición de exceso que se deduce del principio de proporcionalidad. Como lo señala Claus Roxin, “[p]retender que el Ministerio fiscal y la policía (!) investiguen después esos procesos íntimos de modo tan martirizante como infructuoso sería un entrometimiento humillante, a favor del cual es imposible que esté ninguna persona que reflexione”⁵⁶.

⁵⁶ Roxin, Claus: “La Propuesta Minoritaria del Proyecto Alternativo”, 1976, p. 74.

Estas razones de política criminal fueron las que consolidaron en la doctrina alemana el criterio de la anidación como cisura del segundo nivel de protección penal de la vida, correspondiente al delito de aborto, hasta producir un nivel de consenso tal que este criterio recibió consagración legal positiva. En la 15ª Ley de Modificación del Código Penal alemán, de 18 de mayo de 1976, surgida con ocasión de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal, se contemplaba una regla especial de definición, conforme a lo cual no constituye interrupción del embarazo cualquier actuación previa a la anidación (antiguo § 219-d). Hoy en día, la regla forma parte de la configuración del supuesto de hecho del aborto⁵⁷.

En el Código Penal español no existe regla semejante, pero la doctrina coincide en considerar la anidación como cisura de este nivel de protección de la vida⁵⁸.

No puede decirse lo mismo de la doctrina chilena. En general, ésta considera que la protección del *nasciturus* dispensada por el Código Penal chileno presupone que el embrión o feto se encuentre dentro del cuerpo de la mujer, y por esta razón niega que el Código contemple regulación protectora del *nasciturus* que tenga localización extracorporal, en virtud de la aplicación de una técnica de fecundación asistida⁵⁹. Además, un sector de la doctrina sostiene que cuando el producto de la concepción se encuentra dentro del cuerpo de la mujer, éste se halla protegido por el Código desde la concepción⁶⁰. Esta postura se basa en fundamentos insuficientes. Los autores que la sostienen pretenden que esta tesis se deduce de la identifica-

⁵⁷ “§. 218. *Interrupción del embarazo*. (1) El que interrumpa un embarazo, será penado con pena privativa de libertad de hasta tres años o pena de multa respectiva. Las acciones cuyo efecto se produzca antes del término de la anidación del óvulo fecundado en el útero no cuentan como interrupción del embarazo en el sentido de esta ley.” Redacción conforme a la Ley de Conflictos del Embarazo de 21 de agosto de 1995 (vigencia: 1º de octubre de 1995). Para una perspectiva general de la discusión doctrinaria antes de la introducción de la definición legal, véase Maurach, Reinhart: *Deutsches Strafrecht-Besonderer Teil*, 1969, pp. 55-57.

⁵⁸ Por todos, Romeo Casabona, Carlos María: *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*, 1994, pp. 285-288.

⁵⁹ Por todos, Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal*, 3ª ed., 1998, Tomo III, pp. 94-95.

⁶⁰ Del Río, Raimundo: *Derecho Penal*, 1935, pp. 279-282; Schepeler Raveau, Manuel: *El Delito de Aborto*, 1967, p. 37; Novoa Aldunate, Eduardo: *El Comienzo de la Existencia Humana y su Protección Jurídica*, 1969, pp. 63-69; Etcheberry, Alfredo: *Derecho Penal*, 3ª ed., 1998, Tomo III, p. 90. Los autores citan en apoyo de su tesis el siguiente pasaje, extraído de las Actas de la Comisión Redactora del Código Penal: “(...) desde el momento en que el feto tiene un principio de existencia, hai en él el germen de un hombre i el que lo destruye se hace reo de un gravísimo delito” (Sesión 159, 24 de junio de 1873). El antecedente no obsta a lo sostenido arriba. La Comisión formuló esa aseveración para rechazar la distinción entre feto animado y feto inanimado, que corresponde a un estadio de desarrollo embrionario posterior a la anidación.

ción de la vida del *nasciturus* como objeto de protección, junto con los “avances científicos” en torno a la identificación del momento de constitución de la nueva vida humana. El razonamiento consiste en sostener que si abortar es dar muerte a la vida humana dependiente, entonces es aborto todo ataque letal a esa vida, desde el comienzo de su existencia.

Dejando de lado la cuestión ontológica de si el individuo humano existe desde la constitución o la expresión del código genético, o de si el programa de desarrollo embrionario es exhaustivamente genético o también complementado epigenéticamente, es claro que ninguno de los autores que sostienen esta tesis plantea la cuestión a la luz de las restricciones específicas que se derivan de la tipificación legal del aborto, la condición de *ultima ratio* del derecho penal y la estructura de la norma de comportamiento que subyace al tipo de aborto como delito de resultado. Una vez que se toman en consideración estas restricciones, es evidente que la eliminación de un embrión preimplantacional *in vivo* no queda comprendida dentro de la expresión legal “causar un aborto”.

Es manifiesto que el Código Penal chileno presupone el estado de embarazo de una mujer, como condición de la tipicidad de un ataque al *nasciturus*. Así lo demuestra el hecho de que el aborto cometido por un tercero tenga que serlo con o sin el consentimiento de la *mujer embarazada* (Art. 342), o bien realizado con violencias en la persona de la *mujer embarazada* (Art. 343). Del mismo modo, la mujer es la que causa su aborto, o consiente en que otro *se lo* cause. (Art. 344 inciso primero). Si este es un presupuesto de la tipicidad de la acción, debe corresponder a un estado de cosas susceptible de acreditación. Ese estado de cosas sólo puede ser la relación de simbiosis entre embrión feto y mujer embarazada, establecida en el nivel de los tejidos celulares de ambos organismos. O sea, la anidación consolidada.

Por otra parte, todos los argumentos de política criminal que dominaron la doctrina alemana son aplicables al derecho chileno, incluso con más fuerza. Pues en Chile la punibilidad de la tentativa inidónea goza de menos reconocimiento institucional que el que gozaba en Alemania a la época en que se produjo esta discusión. No tiene sentido considerar como punible la producción de un estado de cosas (la muerte de un embrión no anidado por su expulsión del cuerpo femenino) a sabiendas de la imposibilidad práctica de acreditar ese resultado y/o su imputación objetiva a la acción de la mujer o un tercero, y de la muy probable impunidad de esa acción por tal razón.

Por todas estas razones se debe compartir la postura de quienes sostienen en la doctrina nacional que la anidación es la cisura que da lugar

al segundo nivel de protección penal de la vida humana en el derecho chileno⁶¹.

Las consecuencias para la práctica médica de este criterio de demarcación de la cisura del segundo nivel de protección de la vida son de la mayor importancia.

En primer lugar, que los casos de remoción de embriones anidados ectópicamente (es decir, en las trompas de Falopio, el peritoneo o el cuello del útero) no realizan el tipo del delito de aborto. La anidación fuera del endometrio no constituye embarazo, en el sentido del Código Penal. Por tal razón, su remoción no es constitutiva de aborto, y, contando con el consentimiento de la mujer, puede ser practicada sin necesidad de la concurrencia de una especial causa de justificación.

En segundo lugar, que el uso de medios de control de natalidad que puedan producir un efecto impeditivo de la anidación en el endometrio tampoco es constitutivo de aborto. Cualquiera que sea su estatus a la luz de la Constitución, es claro que no se trata de medios ilegales a la luz del Código Penal. El efecto imputado al Levonorgestrel no puede ser calificado de “abortivo” bajo la ley chilena.

5. El estatus constitucional de los anticonceptivos de emergencia

La Constitución no protege la vida humana. Lo que la Constitución protege es el derecho a la vida, que ella reconoce a todas las personas. El concepto de persona no es científico; es un concepto moral. La condición de persona es normativa, no descriptiva. Una persona es un agente capaz de establecer con otro una relación interpersonal tal que ambos puedan justificadamente mantener expectativas normativas recíprocas. La persona es un *alter* en la comunicación, un interlocutor idóneo respecto de pretensiones de validez, en este caso, pretensiones de rectitud (también “corrección”). La condición de persona es un paradigma de la comunicación normativa.

Para el discurso de la filosofía premoderna lo anterior se expresa en la consideración de la posesión de alma racional como característica definitoria de la persona. Los seres humanos poseen alma racional y por eso son

⁶¹ Así lo afirman, aunque dubitativamente, Politoff, Grisolia, Bustos: *Derecho Penal Chileno, Parte Especial*, 2ª ed., 1993, pp. 142-143; decididamente, Garrido Montt, *Derecho Penal, Parte Especial*, 1999, Tomo III, pp. 98-99. La consideración de la anidación como cisura inicial de la regulación del aborto es también defendida por el Profesor Sergio Yáñez Pérez desde su Cátedra de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

personas. Lo que caracteriza la extensión de esta condición al embrión preimplantacional en el contexto de este discurso es el especismo, es decir, la tesis de que la dignidad moral corresponde a la especie. La condición de persona se detenta en virtud de la pertenencia a la especie cuyos miembros poseen, en plenitud de sus facultades, el conocimiento racional, teórico y práctico.

En el marco de un Estado secular de Derecho, es decir, de un Estado de Derecho que garantiza el pluralismo religioso, ético e ideológico, y configura el orden coactivo como un orden que hace posible la coexistencia pacífica de la diversidad de concepciones del bien, la noción moral primaria no puede ser la especie, sino el individuo. Son los seres individualmente considerados como agentes capaces de comunicación normativa los primariamente iguales en dignidad y derechos. El reconocimiento recíproco tiene lugar en el plano de la representación ideal de la persona, a la que corresponden los seres humanos con competencias pragmáticas desarrolladas. Para extender la consideración de persona —el estatus normativo y sus consecuencias prácticas— a seres humanos que carecen actualmente de esas competencias pragmáticas se requieren justificaciones normativas. La Constitución y el Código Civil chilenos ordenan indiscutiblemente la extensión de esa condición a los seres humanos a partir del nacimiento.

La extensión de esa calidad a seres humanos no nacidos tiene una sola justificación normativa posible en un Estado secular de derecho: la igualdad. El especismo —se sostiene— es un criterio que por su objetividad garantiza la no discriminación en el reconocimiento del estatus de persona. No tiene sentido plantear aquí una objeción a esta interpretación normativa de la tesis especista⁶². Basta con hacer ver que la misma sensibilidad igualitaria demostrada hacia el embrión o feto, si es aplicada a la mujer embarazada, permite plantear el problema en términos razonables.

⁶² En lo esencial, el especismo debe su plausibilidad al sustancialismo, es decir, a la idea de que existe una identidad sustancial del ser, presente por igual a lo largo de todo su proceso de desarrollo y cambio. Esa identidad se encuentra en la forma, presente en el ser cambiante como potencia activa, es decir como principio activo del desarrollo y cambio del ser. La versión premoderna de la forma es la noción de alma. La versión paralela, en el plano de la embriología, ha sido el paradigma genético. Su crisis, debida al paradigma epigenético, demuestra que la disyunción entre potencia activa (principio interno del cambio) y potencia pasiva (principio externo) es insuficiente. El proceso de emergencia del programa de desarrollo, conforme al paradigma epigenético, demuestra que el embrión no tiene la potencia activa de su desarrollo futuro, pero que tampoco se encuentra en estado de potencia pasiva. En relación con esta disyunción categorial, metafísicamente considerada, la disposición de la célula germinal humana corresponde a una condición *sui generis* de la materia. Al respecto, Bascuñán Rodríguez, Antonio: "El Estatuto del Embrión Preimplantacional: Observaciones desde el Punto de Vista Jurídico", 2002, pp. 161-193.

Antes de su nacimiento, los seres humanos se encuentran en una situación existencial sin parangón respecto de los seres humanos nacidos: su supervivencia sólo es posible a través de una relación de simbiosis con otro organismo, el de una mujer. Esa relación de simbiosis es el embarazo. La afirmación de la prohibición de matar a un ser humano no nacido implica, en consecuencia, la afirmación de un deber de tolerar el embarazo, cuyos destinatarios sólo pueden ser las mujeres. El reconocimiento a un ser humano no nacido del derecho a la vida implica, por lo tanto, la imposición de un deber a una mujer, que excede por completo el margen de los deberes para hombres y mujeres que van asociados a la prohibición de matar. La protección de la vida del *nasciturus* se hace a costa del sacrificio de los intereses personalísimos de la mujer.

La extensión del derecho a la vida al *nasciturus* implica la imposición de una carga personal exclusivamente a individuos del género femenino. Esta es una carga que no tiene parangón en las obligaciones que rigen a los seres humanos nacidos en sus relaciones recíprocas.

Es evidente que un niño nacido tiene derecho a la vida. Es evidente que la mujer que lo procreó tiene deberes de conservación de esa vida, en interés de la supervivencia del propio niño. Eso nadie lo discute. Pero ninguna mujer puede ser obligada a ceder un órgano a su hijo para salvarle la vida. Ninguna mujer puede ser obligada tampoco a tolerar la invasión grave de su cuerpo, como por ejemplo su conexión por nueve meses a un aparato de diálisis, para salvar la vida de su hijo. El derecho a la vida del niño no justifica la afectación de la autonomía personal de la mujer. La razón de ello se encuentra en que el interés de autonomía de la mujer es expresión de su dignidad personal. Someter a la mujer a una intervención sobre su cuerpo, para salvar a otro, es usarla como medio. Es denigrar su condición de persona, rebajándola a cosa.

En el contexto de la reproducción médicamente asistida, es un principio básico que el consentimiento dado por la mujer para aceptar la transferencia de los embriones a su cuerpo es esencialmente revocable. Esto no es más que la aplicación, al caso de la transferencia de embriones, del principio básico de la revocabilidad del consentimiento en la afectación de la incolumidad corporal. Este principio inspira la regulación sobre trasplantes de órganos⁶³ y en general la práctica de las intervenciones terapéuticas⁶⁴, dentro de las cuales se incluye la asistencia médica a la

⁶³ “El consentimiento podrá ser revocado en cualquier momento antes de la extracción. (...) La revocación no generará responsabilidad de ninguna especie” (Art. 6º inciso cuarto, Ley 19.451).

⁶⁴ Así, el Art. 5 de la Convención Europea de Derechos Humanos para la Biomedicina (Convención de Oviedo, de 1997). Así también los Arts. I.9, II.4, II.5 y III.2 de la Declaración de Helsinki-Tokio sobre investigación biomédica. El reconocimiento de la autonomía del

reproducción. Obsérvese que en este caso se trata de un embrión que ha sido concebido deliberadamente para su transferencia al cuerpo de la mujer, todo ello con el consentimiento previo de la mujer. Aun así, la mujer no está obligada a tolerar su transferencia. Frente a un intento de transferencia no consentida, ella puede ejercer legítima defensa de su derecho a la incolumidad corporal, lo mismo que un tercero en su favor.

El derecho chileno vigente introduce una diferencia en el trato de la mujer embarazada. Una vez anidado el embrión, ella sí está obligada a tolerar la presencia de ese organismo dentro de su cuerpo: le está prohibido causar un aborto o consentir en que otro se lo cause. Como se ha visto, la Constitución entiende que esa prohibición es un modo legítimo en que el legislador da cumplimiento al mandato que ella establece en orden a proteger la vida del *nasciturus*. La Constitución indirectamente valida esa prohibición. Esa es una resolución anómala del conflicto entre el interés de un ser humano en su supervivencia y el interés de autonomía de otra persona. En este caso, se acepta la legitimidad de la supervivencia de uno a costa de la autonomía de otro.

En mayor o menor medida, todos los sistemas jurídicos occidentales hacen esta diferencia, a favor de la protección de la vida del *nasciturus*. Sin embargo, los sistemas jurídicos han reconocido asimismo que el respeto por la autonomía de la mujer —basada en la misma preocupación por la evitación de discriminación que supuestamente inspira la protección del *nasciturus*— exige la introducción de moderaciones o restricciones a la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo. Este es el núcleo del principio de la exigibilidad diferenciada: el deber de tolerar el embarazo no puede exigirse en términos equivalentes al deber genérico de abstenerse de matar a otro.

Cuál sea la medida razonable de la exigibilidad del deber de tolerar un embarazo, ésa es una cuestión propia de la política jurídica. Lo que la interpretación de la Constitución debe precisar son los límites mínimo y máximo del margen de exigibilidad de ese deber. En relación con el límite máximo de exigibilidad, dos son los principios básicos:

(a) la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo tiene lugar en el rango de carga que un embarazo impone a la mujer en términos estándares;

paciente como condición de legitimación del tratamiento terapéutico se ha visto obstaculizado en Chile por la errada jurisprudencia recaída en recursos de protección interpuestos en contra de huelguistas de hambre y personas que por razones religiosas rechazan la transfusión sanguínea. El origen de esta jurisprudencia vergonzosa se encuentra en el caso *Rozas Vial y otros contra Párroco de San Roque*, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXI (1983), 2ª Parte, Sección 5ª, p. 161 y ss.

el sobrepasamiento de ese umbral estándar de carga origina la necesidad de revisar la legitimidad de la exigencia del deber de tolerar ese embarazo anómalo;

(b) la exigibilidad del deber de tolerar el embarazo tiene lugar respecto de un embarazo actual, es decir, no de una posibilidad o riesgo de embarazo; el reconocimiento del derecho a hacer uso de medios de control reproductivo es una condición de legitimidad del deber de tolerar el embarazo.

El primer principio justifica el reconocimiento de casos excepcionales de inexigibilidad del deber de tolerar el embarazo, es decir, de causas de justificación del aborto. Este es el ámbito de las así denominadas “indicaciones” (terapéutica, embriopática, criminológica y socioeconómica).

El segundo principio justifica el reconocimiento de un ámbito en que la autonomía reproductiva de la mujer tiene preponderancia irrestricta respecto de cualquier otro interés. Este es el caso del uso de los anticonceptivos de emergencia.

El uso del Levonorgestrel tiene por objetivo impedir el embarazo, primariamente mediante el impedimento de la concepción, y quizás secundariamente mediante el impedimento de la anidación. En eso no se diferencia de otros métodos de aseguramiento de la autonomía reproductiva de la mujer, cuyo posible efecto impeditivo de la anidación no puede descartarse, como los dispositivos intrauterinos.

Respecto de la mujer que impide la anidación no hay reproche constitucional oponible. Ella ejerce legítimamente sus derechos fundamentales frente a una situación de peligro, eliminando la fuente de peligro. Ella actúa conforme a los estándares de ponderación del estado de necesidad defensivo. Su acción es legítima ante el derecho constitucional. El deber de tolerar un embarazo actual no incluye el deber de tolerar el riesgo de un eventual embarazo.

Antes de la anidación la situación de la mujer frente al embrión preimplantacional en ningún caso puede ser considerada como peor para sus intereses que la situación de cualquier mujer respecto de la vida de un hijo suyo nacido, o que la de cualquier mujer respecto de un embrión fertilizado *in vitro*. La condición de progenitora no impone a la mujer el deber de tolerar el uso de su cuerpo para fines terapéuticos a favor del embrión o del hijo. No lo impone respecto del nacido, menos aún del no anidado.

Así pues, el reconocimiento a la mujer del derecho a consumir anticonceptivos de emergencia, así como de usar dispositivos intrauterinos no se justifica, en relación con el aborto, por consideraciones exclusiva-

mente estratégicas. No se trata, pues, simplemente de que el uso de estos medios permite evitar la posterior interrupción de embarazos. De lo que se trata es de una consideración de justicia. Sólo si se permite el acceso a estos medios de control reproductivo resulta legítima la prohibición del aborto.

6. Resumen

Resumo mi posición en las siguientes siete tesis:

1) Si los anticonceptivos de emergencia no producen un efecto impeditivo de la anidación, es claro que no hay obstáculo constitucional alguno que invocar en contra del acto administrativo que autorizó su comercialización y uso: el uso de métodos puramente anticonceptivos es ejercicio de derechos reproductivos de la mujer que no entra en conflicto con norma constitucional alguna.

2) Aun si los anticonceptivos de emergencia produjesen un efecto impeditivo de la anidación, un recurso de protección interpuesto en contra del acto administrativo que autorizó su comercialización y uso es improcedente por ausencia de un afectado concretamente individualizable⁶⁵.

3) Aun si se estima procedente el recurso de protección, éste debe ser en definitiva desechado, porque el que está por nacer no es persona y por lo tanto no es titular del derecho subjetivo público a la vida.

4) Aun si se estima que el que está por nacer es en general persona y por lo tanto titular del derecho subjetivo público a la vida, el recurso debe ser desechado, porque un embrión preimplantacional no puede ser equiparado a un embrión anidado en su estatus de persona.

5) Aun si se estima que un embrión preimplantacional es plenamente equiparable a un embrión implantado en su estatus de persona, el recurso debe ser desechado, porque los intereses personalísimos de autonomía de la mujer embarazada prevalecen sobre el interés en la supervivencia.

6) La Convención Americana de Derechos Humanos no obsta a lo sostenido en las tesis anteriores. Por el contrario, lo confirma.

7) La acción de impedir la anidación de un embrión en el endometrio de una mujer no es constitutiva de aborto, en el sentido de las normas del Código Penal chileno.

⁶⁵ Lo mismo cabe decir de la acción de nulidad de derecho público ejercitada para impugnar la validez de dicho acto administrativo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alonso Bedate, Carlos: "El Valor Ontológico del Embrión Humano". En Juan Pablo Beca Infante (ed.), *El Embrión Humano*. Santiago: Editorial Mediterráneo, 2002.
- Baldó Lavilla, Francisco: *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*. Barcelona: José María Bosch Editor S.A., 1994.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio: "El Estatuto del Embrión Preimplantacional: Observaciones desde el Punto de Vista Jurídico". En Juan Pablo Beca Infante (ed.), *El Embrión Humano*. Santiago: Editorial Mediterráneo, 2002.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio: "Límites a la Prohibición y Autorización Legal del Aborto Consentido en el Derecho Constitucional Comparado". En *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, Tomo I, Santiago, 2001.
- Bascuñán Rodríguez, Antonio: "Derechos Fundamentales y Derecho Penal". En varios autores (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA, 2001), *Los Derechos Fundamentales*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2003.
- Comisión Redactora del Código Penal, *Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno*. Santiago: Imprenta de la República de Jacinto Núñez, 1873.
- Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República (CENC): *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*. Santiago: Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): "Dictamen de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos relativo al proyecto de Convención sobre Derechos Humanos aprobado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos". En *Anuario Interamericano de Derechos Humanos*. 1968. Washington, D.C.: OEA, Secretaría General, 1973.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): Caso *Baby Boy c. Estados Unidos*, No. 2141. Informe No. 23/81 de 06 de marzo de 1981. En Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual de 1980-1981*.
- Comisión Europea de Derechos Humanos: Caso *Brüggemann and Scheuten v. The Federal Republic of Germany*, Nº 6959/75.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer: "Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación en contra de la Mujer". Presentado en las sesiones 20ª, 19 de enero-5 de febrero de 1999, y 21ª, 7-25 de junio de 1999, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A/54/38/Rev.1, párrafos 228 y 229.
- Congregación de la Doctrina de la Fe: Declaración: *De Aborto Procurato*, 18 de noviembre de 1974.
- Congregación de la Doctrina de la Fe: Instrucción: *Donum Vitae*, 22 de febrero de 1987.
- Consejo de Estado: *Actas de las Sesiones del Consejo de Estado*. Santiago.
- Convención Europea de Derechos Humanos para la Biomedicina (Convención de Oviedo, de 1997). En Albin Eser (Ed.), *Biomedizin und Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Verlag Joseph Knecht, 1999.
- Corral Talciani, Hernán: "Comienzo de la Existencia y Personalidad del que Está por Nacer". En *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIII (1989-1990).
- Corral Talciani, Hernán: "El Concepto Jurídico de Persona. Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 17 (1990).
- Corral Talciani, Hernán: "Admisibilidad Jurídica de las Técnicas de Procreación Artificial". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 (1992).

- Corte de Apelaciones de Santiago: *Carabantes Cárcamo*: Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago del 14 de noviembre de 1991. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII, año 1991, 2ª parte, sección 5ª, pp. 131-153.
- Corte Europea de Derechos Humanos: *Vo v. France*, N° 53.924/00, de 8 de julio de 2004.
- Corte Suprema: *Rozas Vial y otros contra Párroco de San Roque* (1983). En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXI (1983), 2ª Parte, Sección 5ª, Santiago.
- Corte Suprema: *Philippi Izquierdo, Sara y otros con Instituto de Salud Pública y otros* 2001. En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XCVIII, año 2001, 2ª parte, 5ª sección, pp. 199-208. [La sentencia se encuentra reproducida en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en *Estudios Públicos*, 95 (N. del E.).]
- Declaración de Helsinki-Tokyo sobre Investigación Biomédica. En Albin Eser (Ed.), *Biomedizin und Menschenrechte*. Frankfurt am Main: Verlag Joseph Knecht, 1999.
- Del Río, Raimundo: *Derecho Penal*. Tomo III. Santiago: Editorial Nascimento, 1935.
- Etcheberry Orthustegui, Alfredo: *Derecho Penal*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed., 1998.
- Evans de la Cuadra, Enrique: *Los Derechos Constitucionales*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1999.
- Fiamma Olivares, Gustavo: “El Derecho a la Vida. Antecedentes en las Actas de la Comisión de Estudios Constitucionales”. En *Revista de Derecho Público* N° 27 (enero-junio 1980), Santiago.
- Garrido Montt, Mario: *Derecho Penal, Parte Especial*. Tomo III. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- Isler Soto, Carlos: “En torno a la Personalidad del Embrión”. En *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), Vol. XI, diciembre 2000. Valdivia.
- Juan Pablo II: Encíclica *Evangelium Vitae*. 25 de marzo de 1995.
- Lacadena, Juan Ramón: “Embriones Humanos y Cultivos de Tejidos”. En *Revista de Derecho y Genoma Humano* N° 12 (2000), Bilbao.
- Ley N° 19.451, de 29 de marzo de 1996, establece normas sobre trasplantes y donaciones de órganos. *Diario Oficial* de 10 de abril de 1996.
- Maurach, Reinhart: *Deutsches Strafrecht-Besonderer Teil*. Karlsruhe, 5ª ed., 1969.
- Medina, Cecilia: *La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia. Vida, Integridad Personal, Libertad Personal, Debido Proceso y Recurso Judicial*. A publicarse por el Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos.
- Otte, Lars: *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand* (El estado de necesidad defensivo originado por seres humanos). Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998.
- Politoff, Sergio, Francisco Grisolia y Juan Bustos: *Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 1993.
- Precht Pizarro, Jorge E.: “Consideraciones Ético-Jurídicas sobre el Aborto Terapéutico”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 19 (1992).
- Novoa Aldunate, Eduardo: *El Comienzo de la Existencia Humana y su Protección Jurídica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.
- Nozick, Robert: *Anarchy, State and Utopia*. New York: Basic Books Inc., Publishers, 1974.
- Romeo Casabona, Carlos María: *El Derecho y la Bioética ante los Límites de la Vida Humana*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1994.
- Roxin, Claus: “La Propuesta Minoritaria del Proyecto Alternativo”. En Claus Roxin: *Problemas Básicos del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Reus S.A., 1976.
- Roxin, Claus: *Derecho Penal, Parte General*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

- Rozas Vial, Fernando: "Problemas Jurídicos y Morales que Plantean la Inseminación Artificial y la Fecundación in Vitro". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 (1989).
- Schepeler Raveau, Manuel: *El Delito de Aborto*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1967.
- Soto Kloss, Eduardo: "El derecho a la vida y la noción de persona en la Constitución". En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXXVIII- N° 3 (1991), sección 1ª.
- Tomas de Aquino: *Suma de Teología*, II-II. Edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1990.
- Ugarte Godoy, José Joaquín: "Comienzo de la Persona Humana. Aspectos Biológico, Filosófico y Jurídico". En *Cuadernos Jurídicos* N° 2, Universidad Central de Chile, Primeras Jornadas de Derecho Médico, Santiago, 2000.
- Varela Del Solar, Jorge Luis: "Derechos Humanos y Aborto". En *Revista de Derecho Público* N° 47-48 (1980), Santiago.
- Varios autores: *Ius Publicum* N° 7 (2001), pp. 67-186. Santiago.
- Verdugo Marinkovic, Mario, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá: *Derecho Constitucional*. Tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2ª. ed., 1994.
- 20º Juzgado Civil de Santiago: *Centro Juvenil Ages con Instituto de Salud Pública y otros*, Rol N° 5839-02. Sentencia de 30 de junio de 2004. [Fallo reproducido en *dossier* "Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate", *Estudios Públicos*, 95 (N. del E.).]
- Zapata Larraín, Patricio: "Persona y Embrión Humano. Nuevos Problemas Legales y su Solución en el Derecho Chileno". En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15 (1988). □

LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS: ASPECTOS NORMATIVOS*

Arturo Fermandois

En este artículo se sostiene que las sentencias pronunciadas en 2001 por la Corte Suprema y en 2004 por un juzgado civil de primera instancia de Santiago, en relación con la llamada píldora del día después, han aplicado perfectamente la Constitución. Ello porque, si se aceptan los supuestos de que la vida humana comienza con la concepción, y que todo medicamento preparado a base de Levonorgestrel puede impedir la anidación del feto, la autorización para la venta privada, o bien la distribución gratuita por el Estado de ese fármaco, pueden vulnerar el derecho a la vida que tiene esa persona humana que está por nacer. Ya que esto configura una amenaza a un derecho fundamental, toda acción del Estado que se involucre en ello —señala el autor— es nula de derecho público.

ARTURO FERMANDOIS VÖHRINGER. Profesor de Derecho Constitucional, P. Universidad Católica de Chile. Master en Políticas Públicas, Universidad de Harvard.

* Artículo preparado sobre la base de la participación en el seminario del mismo nombre, realizado en el Centro de Estudios Públicos el 15 de junio de 2004.

El autor agradece la colaboración para este trabajo del ayudante de investigación Fernando Muñoz León, alumno de 5º año de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile.

Véanse en esta misma edición el artículo del profesor de derecho Antonio Bascuñán, las ponencias de los doctores Fernando Zegers y Enrique Oyarzún, y los antecedentes relativos a este debate que se incluyen en el *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate” (N. del E.).

1. INTRODUCCIÓN

Hemos sido convocados por el Centro de Estudios Públicos a comentar los “aspectos normativos” envueltos en la distribución gratuita por el Estado de Chile de la llamada “píldora del día después”¹, en adelante, la píldora. Se nos pide, en particular, analizar las sentencias judiciales pronunciadas en la materia por los tribunales chilenos, por ahora condenatorias de la píldora. Se nos invita a evaluar desde la perspectiva constitucional si esas sentencias están correctas o equivocadas, para luego abordar los demás tópicos derivados de este apasionado debate.

1.1. Constitucionalismo real, hipotético y píldora

En primer lugar, agradezco al CEP por su invitación a este prestigioso centro de estudios y políticas públicas. A continuación, permítaseme una primera prevención, que resulta fundamental para una comprensión adecuada de nuestra presentación. No he concurrido a este seminario como biólogo, científico, médico ni teólogo. Nada puedo aportar en dichos campos del saber. Lo hago como constitucionalista, promotor de la escuela que hemos llamado del “constitucionalismo real”, por oposición a la del “constitucionalismo hipotético”. Ambas se diferencian en el crucial aspecto del cómo perciben a la norma constitucional, y me temo que esta diferencia se ha desplegado en todo su esplendor en el debate público sobre el tema que nos convoca.

Mientras para el constitucionalismo hipotético la Constitución es un mero parámetro, flexible y mutable, que sirve de simple referencia al ejercicio del poder estatal, para nosotros el precepto constitucional es una norma jurídica propiamente tal, dotada de todos sus atributos: vinculante, coercitiva, que exige o permite conductas más o menos precisas del Estado, y cuyos alcances resultan posibles de desentrañar con objetividad mediante un sistema de interpretación². Creemos que la norma constitucional puede ser dinámica, pero es, en definitiva, Derecho, aún tratándose de las disposiciones de aquellas llamadas *programáticas*, que formulan ideales más amplios de acción para el Estado. Como dice Fried, si no hay cierta predic-

¹ Otros han preferido darle nombres ciertamente más polémicos. Véase Soto Kloss, Eduardo: “La Píldora Asesina ante la Constitución”, 2001, quien la denomina “píldora asesina”, y Ugarte, José Joaquín: “La Constitución y la Píldora Abortiva”, 2001, quien a su vez habla de la “píldora abortiva”. Hemos optado por mantener en este diálogo el apelativo con que es comúnmente conocida la droga en cuestión.

² Sobre este tema hemos hablado en nuestro trabajo “La Corte Penal Internacional y sus Implicancias Constitucionales”, 2003.

tibilidad en el texto de la Constitución y en las sentencias constitucionales, no puede haber doctrina constitucional y tampoco habrá derecho constitucional³.

Por el contrario, nos parece que el constitucionalismo hipotético busca sistemáticamente trasladar al terreno del derecho constitucional el debate sobre la justicia política de tales o cuales preceptos de la Carta Fundamental —lo que de suyo no es reproable— pero en términos tales de llegar a desentenderse completamente de esos preceptos si su evaluación sobre ellos es negativa, reescribiendo sus términos o sencillamente privándolos de efectos (que es lo mismo que derogarlos). Ésta es una forma de rebeldía civil, enteramente aceptable desde la perspectiva política, pero del todo reproable como método jurídico de interpretación.

El derecho constitucional hipotético no es, entonces, derecho constitucional, sino más bien ciencia política, o en algunos casos filosofía política, respetables y prestigiadas áreas del saber que alimentan el Derecho y lo influyen, pero que son esencialmente distintas de él en los aspectos que he señalado.

Pero volvamos a la píldora del día después. Pienso que la dinámica que describíamos se ha verificado en nuestro tema respecto del artículo 19 N° 1 de la Constitución. Una cosa es *ser invitados a evaluar* la justicia y conveniencia de dotar de mayor autonomía a la mujer embarazada que no ha tenido pleno control de su embarazo, permitiéndole ponerle fin a ese estado. Una cosa es *motivarse a considerar* si una mujer, en circunstancias muy graves, debiera o no ser autorizada a poner fin a una vida humana en sus primeros momentos de gestación, porque esas circunstancias graves son tan compulsivas, que hacerlo de otra forma produciría resultados injustos. Pero otra cosa completamente distinta es sostener que tal autorización es constitucional, esto es, que nuestro sistema normativo actual y vigente acepta y permite esa solución, o incluso la exige, según otros. Esto es lo que hemos escuchado en boca de algunos protagonistas del debate en estos días. Equiparar ambas realidades es borrar de un plumazo el Estado de Derecho, el poder constituyente y en definitiva nuestra democracia.

Ésta es mi primera prevención en esta introducción, y con ella adelanto de alguna forma la conclusión que tenemos sobre el tema de fondo.

1.2. Supuestos biológicos de este análisis constitucional

La segunda prevención tiene que ver con los supuestos biológicos de este debate constitucional. En este tema es imposible trabajar sin supuestos, cuya veracidad no depende de nosotros. Me resulta sorprendente

³ Fried, Charles: *The Constitution in the Supreme Court*, 2004, p. 2.

comprobar cómo la opinión sobre la constitucionalidad de la distribución estatal de la píldora se hace descansar por los abogados en apreciaciones directas sobre realidades intrínsecamente biológicas o farmacológicas. Abogados y periodistas estarían resolviendo si la vida humana comienza con la fecundación o con la implantación, o sobre cuál es el impacto del diálogo epigenético en la configuración de un individuo cromosómicamente distinto. Me parece impropio, pretencioso, no confiable, incompatible con un trabajo científico serio.

A los abogados o juristas, como los que estamos en este panel, sólo nos está permitido operar con las conclusiones que los científicos y la ciencia biológica obtienen en la materia, bajo sus métodos y reglas propias. Nosotros podemos percibir cuáles son las conclusiones más asentadas y aceptadas por la comunidad científica, podemos usar nuestra razón para percibir las más plausibles, constatar cuáles son más discutidas, cuáles menos discutidas y trabajar con esos supuestos. Pero nos está completamente vedado introducirnos directamente en el método científico-biológico que sirve de base a la comunidad científica en su trabajo, para así rechazar las conclusiones de esa comunidad, desestimar unas conclusiones para aceptar otras, tachar de erradas algunas publicaciones, etc. Para eso, tendríamos que haber pasado una vida en un laboratorio, y no en un escritorio.

Es por ello que en esta presentación estamos obligados a trabajar con supuestos. Y lo haremos con dos, uno relativo al comienzo de la vida humana, y el otro relativo a los efectos del medicamento Levonorgestrel.

a) *En cuanto al comienzo de la vida humana*, vamos a usar la conclusión científica que indica que el ser humano individual, con identidad esencial distinta de sus progenitores, comienza con la concepción, esto es, con la unión de los gametos masculino y femenino.

b) *Y en cuanto a los efectos del Levonorgestrel*, vamos a trabajar con aquella conclusión que indica que este fármaco *puede producir* un efecto biológico consistente en impedir la anidación del óvulo fecundado en el endometrio de la madre.

Estos supuestos biológicos son exactamente eso, supuestos. Pueden, de suyo, ser correctos o erróneos. Si fueren incorrectos, evidentemente lo serán también las conclusiones que vamos a formular en esta presentación. Pero tenemos poderosas razones para haber seleccionado estas premisas y no otras como base de nuestro análisis constitucional, como expondré a continuación.

1.3. ¿Por qué hemos seleccionado estos supuestos biológicos?

Expondremos aquí las consideraciones que nos llevan a adoptar los supuestos biológicos anteriores para nuestro comentario constitucional.

1.3.1. Inicio de la vida humana en la concepción

Creo que el primero de los supuestos biológicos señalados es el más firme, el más indubitado y menos cuestionado, y del que difícilmente podemos seriamente desentendernos. En relación al comienzo de la vida humana, la evidencia científica más convincente posible de percibir por abogados, la realidad normativa e interpretación jurisprudencial es abrumadora en cuanto sostiene que ella se produce en el momento de la concepción, desde la fecundación del óvulo o desde “la penetración del espermatozoide en el ovocito, fusión de los gametos o singamia”, como lo describe Ugarte⁴. En este momento, como recuerda la Corte Suprema de Argentina en el considerando 6° de su fallo reprobatorio de la píldora⁵, y citando al Premio Nobel de Biología Jean Rostand, “el hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades...”⁶. A partir de ese momento, el embrión dispondría de un código genético propio, dotado de la estructura dinámica necesaria para su desenvolvimiento ordenado, orientado y gobernado hacia el término de su ciclo vital.

Creemos que las conclusiones científicas en el sentido indicado son más cuantiosas en número, más lógicas en su forma de presentarse y más abrumadoramente asentadas que aquellas que proponen la anidación como momento del comienzo de la vida. No voy a citar aquí a las más de 50 publicaciones prestigiosas que he podido directa o indirectamente revisar y que adscriben a la fecundación como el momento en que la vida humana comienza.

Lo que sí corresponde recordar aquí es que nuestro sistema jurídico ha recepcionado uniformemente el punto en el sentido indicado. No cono-

⁴ Ugarte, José Joaquín: “El Derecho a la Vida de la Persona Humana en la Fase Embrionaria y su Protección Constitucional”, Informe en Derecho acompañado por los requerimientos al recurso de protección Rol N° 2.186-2001 (Corte Suprema).

⁵ Sentencia de la Suprema Corte de la Nación Argentina, 5 de marzo de 2002, autos caratulados “Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro con Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”, recurso de amparo extraordinario, considerando 5°.

⁶ La Corte Suprema argentina cita a Rostand en *Revista Palabra* N° 173, Madrid, enero de 1980. A continuación, más actualizado, refiere al “célebre genetista Jerome Lejeune, quien descarta que exista diferencia científica entre los términos ‘embrión’ y ‘preembrión’”, a su vez citado en fallo de la Suprema Corte del estado de Tennessee, “Davis Jr. Lewis v. Davis Mary Sue”, 1 de Tennessee, J. A., 12 de mayo de 1993, p. 36, todo en referencia citada nota 5.

ce mos ningún antecedente normativo ni jurisprudencial que haya optado por cambiar el criterio o supuesto biológico consistente en que la vida humana ha comenzado con la concepción.

En cambio, a favor del inicio de la vida en el momento de la concepción se acumulan, más bien se apilan cuantiosamente, muchos antecedentes jurídicos imposibles de evadir. Cito algunos. En la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (en adelante CENC o comisión constituyente), el Presidente don Enrique Ortúzar, si bien firme partidario del aborto terapéutico, reconoce que hay vida humana desde la concepción⁷. Nadie en la Comisión rebate esta afirmación; al contrario, algunos comisionados desean incorporarla en el texto mismo de la Carta. Es lo que hizo la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4.1, al señalar con precisión su texto que el derecho a la vida estará protegido por la ley a partir del momento de la concepción. Sin compartir la tesis según la cual los tratados internacionales de derechos humanos gozan de rango constitucional, siempre hemos afirmado que tienen valor legal, de norma jurídica perfecta, como lo es en Chile el referido Pacto. De manera que hay aquí un antecedente normativo de carácter legal, similar al artículo 74 del Código Civil, que reconoce la existencia no legal del ser humano —existencia al fin— desde la concepción.

Pero los hay también de tipo jurisprudencial administrativo y judicial, aparte de los fallos que comentaremos. Para este seminario reuní al menos tres dictámenes de la Contraloría General de la República y dos fallos de Cortes de Apelaciones en que, directa o indirectamente, se adopta el criterio del comienzo de la existencia humana desde la concepción.

¿Criterios atrasados? ¿Deben modernizarse? No lo sabemos, pero una cosa es clara: en la interpretación legal de las realidades científicas sobre el comienzo de la vida no hay dos opiniones, sino una única: el ser humano, y el derecho a la vida que le es intrínseco, comienza con la concepción y no después.

Creo que dos problemas afectan a la comprensión de esta realidad. El primero es que una cosa es el comienzo de la vida humana, y otra cosa es el delito de aborto, el concepto de aborto para el derecho penal y la eventual reprochabilidad penal de la mujer que, tomando una píldora, impide la anidación del embrión y provoca su muerte. ¿Ha cometido aborto esa mujer? Algunos sostienen que no, porque, dado que el aborto es la inte-

⁷ Ortúzar Escobar, Enrique, en *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión 90, de 25 de noviembre de 1974, p. 18. Se lee: "...porque no podría desconocer que dentro del vientre materno, desde la concepción, hay un ser humano...".

rupción del embarazo, y sólo hay embarazo a contar de la anidación, entonces no hay delito de aborto. Francamente, esta problemática es irrelevante para nuestra conclusión sobre la constitucionalidad de la píldora; no nos interesa, porque son dos cosas distintas. A la Constitución le interesa la protección de la vida del que está por nacer, más que el encarcelamiento de la mujer que aborta. La vida del *nasciturus* se puede proteger de muchas formas, y sólo una de ellas es la penalización del aborto, por lo cual éstas son dos realidades conceptualmente distintas.

Y el segundo problema para nuestro supuesto es el levantado en la prensa por nuestro contradictor en este seminario, el profesor Antonio Bascuñán R. Él toma ciertos descubrimientos científicos y plantea que la vida humana comienza con la implantación, usando un argumento biológico que no habíamos visto previamente. Plantea que la individualidad se obtiene en la anidación, porque hasta ese momento se vienen verificando unos diálogos “epigenéticos” que son indispensables para dotar de identidad esencial al *nasciturus*⁸. Mientras no aparezcan estos elementos —lo que ocurriría después de la fecundación— no habría realmente toda la información genética capaz de desarrollar al individuo único y distinto.

Más adelante nos haremos cargo jurídico de esta propuesta, que nos parece revolucionaria y que sugiere un verdadero terremoto científico. Por ahora basta anotar que esta afirmación biológica puede ser cierta o falsa, pero es nueva, es contraria al sustrato científico con el cual nuestras leyes y fallos se han redactado. Por tanto, es en definitiva una propuesta, una tesis que tiene que combatir e imponerse científicamente por sobre aquella mucho más asentada que sitúa el inicio de la vida en la concepción. Hasta que eso no ocurra, no podemos usarla como un supuesto seguro en nuestro trabajo de hoy.

1.3.2. Los efectos probablemente abortivos del Levonorgestrel

El segundo supuesto crucial para nuestro comentario es el de los efectos farmacológicos del Levonorgestrel, medicamento base de las conflictivas píldoras (Postinal y Postinor-2).

Vamos a reconocer que este supuesto ha resultado muchísimo más controversial que el anterior. Del debate médico surgido con ocasión de la píldora no es posible apreciar una verdad asentada, ni cuantitativa ni cualitativamente triunfadora sobre la otra. Muchos respetables científicos concluyen que el fármaco no produce estos efectos, pero al cabo aparecen

⁸ Bascuñán Rodríguez, Antonio: “Embrión Preimplantacional”, *El Mercurio*, martes 8 de junio de 2004, p. A2.

rebatidos por otros científicos tan serios y respetables como los primeros. Esto quiere decir que no estamos seguros sobre los efectos del Levonorgestrel sobre el embrión. ¿Qué hacer?

Creemos que estamos en el campo de las probabilidades. “Es posible” que el Levonorgestrel cause ese efecto, y es posible que no lo cause. Pero hay un elemento desequilibrante. El propio fabricante del Postinal admitió en su informe ante la Corte de Apelaciones de Santiago que su producto “tiene el posible efecto de evitar la implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre”⁹.

Este reconocimiento es una verdadera confesión, y tiene mucho mayor valor que todos los demás agentes de este debate. En efecto, el fabricante del producto es quien está mejor colocado para apreciar los efectos del producto que produce y vende. Y es a él a quien debemos atribuirle la mayor honestidad en su opinión o recomendación, simplemente porque, como se comprende por los abogados, es el único que debe responder patrimonialmente por las consecuencias de su producto, a diferencia de nosotros, que somos simples comentaristas¹⁰.

Éste es el elemento desequilibrante, y por ello trabajaremos con este supuesto fáctico: la píldora puede causar el efecto de impedir la anidación del óvulo fecundado (que hemos asumido como una vida humana independiente) en el endometrio de la madre.

Entramos ahora al simple y breve comentario jurídico-constitucional de las sentencias que se refieren a la píldora.

Advertamos desde un comienzo, sin embargo, que si nos mantenemos en un eje motivacional meramente constitucional, este artículo podría ser bastante plano, casi lánguido. De acuerdo a lo recién expuesto, el derecho constitucional chileno vigente ofrece pocas dudas sobre cómo debe juzgarse una resolución administrativa que ordena la distribución gratuita por el Estado de un medicamento que puede resultar abortivo. Como veremos, se trata de un juicio negativo, fuertemente reprobatorio. Es en esta línea que han venido resolviendo los tribunales en las dos sentencias citadas.

⁹ Corte Suprema, sentencia Rol 2.186, 2001, recurso de protección, considerando N° 10. [Véase texto en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate” en esta edición. (N. del E.)]

¹⁰ En rigor, el laboratorio fabricante reconoce además esta probabilidad al advertir sus efectos en los documentos que acompaña al medicamento. Dice el fallo, “los documentos acompañados a fojas 1055 y siguientes, en especial la hoja informativa que viene en las cajas del Postinor-2, comercializado por el Laboratorio Grünenthal, es posible destacar que en ella se establece claramente ‘Si existe alguna sospecha de embarazo, éste [Postinal] debe ser excluido antes de iniciar el tratamiento’”. (20° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 5.839, 2004.) [Véase texto de la sentencia en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición. (N. del E.)]

Pero, por cierto, las ofensivas conceptuales de nuestro contradictor en el seminario organizado por el Centro de Estudios Públicos, el profesor de derecho penal Antonio Bascuñán R., nos invitan a internarnos en discusiones que van más allá del derecho constitucional vigente en esta materia. De esta manera son llamados a este diálogo otros tópicos: los efectos biológicos del compuesto químico Levonorgestrel, el comienzo de la vida, la noción de persona, la legitimidad de la penalización del aborto, la experiencia comparada, la posibilidad de promoción del aborto por el Estado, y así muchos otros. En esto se nos está invitando —en realidad— a un debate sobre una hipotética política legislativa futura; e incluso sobre reformas constitucionales que modifiquen la barrera normativa inmediata que hoy impide la píldora, que es el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitución. En una democracia no hay nada de malo en esto. Menos aún en que ello se realice en sede académica, mediante el recurso de la persuasión y la apelación a principios y a argumentos técnicos.

De manera que en la primera parte haremos un comentario constitucional sobre la problemática abordada por los diversos fallos, mientras que en la segunda nos abriremos también a pronunciarnos sobre las materias anexas, desde el ángulo lógico, jurídico y de políticas públicas. Indudablemente nos adentraremos en ellas como lo haría un profesor de derecho constitucional; no nos es propia otra forma de hacerlo. Sin perjuicio de ello, lo haremos en el entendido de que aun al margen de esa condición, aun al margen de lo que diga o calle una determinada constitución en un determinado período histórico, hay valores que alumbran como poderosos faros el diálogo que realizamos¹¹. Uno de ellos, quizás el único principio que merezca ser tenido por rígido o intransable, es el derecho a la vida.

1.4. Los pronunciamientos envueltos y el ámbito de nuestro comentario

Hemos venido advirtiendo que, despejados los supuestos fáctico-científicos que hemos individualizado en la extensa introducción, el comentario constitucional será simple, pero no por ello falto de sistematización.

¹¹ Antaño nuestro Código Político no contenía disposiciones como las que hoy se incluyen en su Artículo 19 N° 1. Lo cual no puede significar, de ninguna manera, que la vida no fuera un bien constitucionalmente valorado y protegido. Por ello podemos decir, junto a Cea, que la Constitución de 1980 “declara expresamente asegurados... derechos que estaban sólo implícitos o reconocidos de manera tácita o sólo virtual en nuestros Ordenamientos Supremos anteriores”. Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno. Tomo II. Derechos, Deberes y garantías*, 2004, p. 94.

Nuestro comentario deberá necesariamente involucrar un juicio —a estas alturas genérico, para evitar extensiones innecesarias— respecto de los tres actos administrativos y las dos sentencias judiciales que se registran en la materia. Vamos a recordar que los actos administrativos autorizaron la comercialización uno, y la distribución gratuita el otro, del Postinal y del Postinor-2¹², respectivamente, sin mayor fundamentación. Las sentencias estimaron esas autorizaciones infractoras del derecho a la vida que contiene la Constitución en el artículo 19 N° 1.

Las sentencias que se han referido a este problema son: aquella de 30 de agosto de 2001, dictada por la Corte Suprema, Rol N° 2.186-2001, que dejó sin efecto la Resolución N° 2.141, de 21 de marzo de 2001, del Instituto de Salud Pública, que aprobó el fármaco “Postinal”. Luego, la sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 5.839-2004, de fecha 30 de junio de 2004, aún no ejecutoriada, que declaró nula de derecho público la Resolución N° 7.224, de fecha 24 de agosto de 2001, que aprobó el fármaco “Postinor-2”. Y finalmente, cae bajo nuestro comentario la resolución N° 527, de fecha 25 de abril de 2004, del Ministerio de Salud, que ordenó la distribución gratuita del referido “Postinor-2” en todos los servicios de salud bajo su dependencia.

De entre los datos recién señalados, dos hechos han reflatado calurosamente el debate en este año 2004: la Resolución administrativa N° 527 del Ministerio de Salud, que compromete al Estado ya no sencillamente en la autorización de la comercialización privada del Postinor-2, sino también en su distribución gratuita en centros estatales; y la sentencia del tribunal de primera instancia que anula la resolución aprobatoria del Postinor-2.

Vamos a acometer la tarea de comentar las sentencias, pero ciertamente rebasaremos ese límite, respondiendo a los insistentes llamados de nuestros contradictores para reflexionar sobre la temática general del aborto. Como ya hemos indicado, se nos ha invitado a internarnos en discusiones que van más allá del derecho constitucional vigente en esta materia. De esta manera son llamados a este diálogo otros tópicos: los efectos biológicos del compuesto químico Levonorgestrel, el comienzo de la vida, la noción de persona, la legitimidad de la penalización del aborto, la experiencia comparada, la posibilidad de promoción del aborto por el Estado, y así muchos otros. En esto se nos está invitando —en realidad— a un debate sobre una hipotética política legislativa futura; e incluso, sobre reformas constitucionales que modifiquen la barrera normativa inmediata que hoy impide la píldora, que es el artículo 19 N° 1 inciso segundo de la Constitu-

¹² Postinal y Postinor-2, ambos fármacos preparados en base al componente denominado Levonorgestrel.

ción. En una democracia no hay nada de malo en esto. Menos aún en que ello se realice en sede académica, mediante el recurso de la persuasión e invocación a principios y a argumentos técnicos.

2. ¿QUE DICE EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO ANTE LA DISTRIBUCIÓN O COMERCIALIZACIÓN DEL LEVONORGESTREL?

2.1. El artículo 19 N° 1 de la Constitución

Debemos recordar que la más moderna técnica constitucional ha asumido la necesidad de realizar las labores de interpretación de las leyes fundamentales de un ordenamiento jurídico mediante el recurso a los varios métodos de interpretación —gramatical, lógico, histórico, sistemático— e, incluso, de integración. En el presente caso, la lectura de la norma constitucional debe echar mano del texto positivo de la Constitución, de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), de los Tratados de Derechos Humanos vigentes y que se encuentran ratificados por Chile, y de manera primordial en el sentido protector de las normas pertinentes.

En efecto, sin jamás olvidar que nuestra Constitución ha proclamado en su Artículo 1° que las personas¹³ están dotadas de una libertad y una igualdad radicadas en la dignidad inherente a su condición de tales, la disposición más específica que se refiere al estatuto jurídico del embrión humano es el artículo 19 N° 1 de nuestra Constitución Política de la República (CPR). En ella se asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, disponiendo a continuación en su inciso 2° que “la ley protege la vida del que está por nacer”.

¹³ La discusión sobre si constitucionalmente la condición de persona se refiere a los individuos de la especie humana al momento del nacimiento, por algunos planteada a raíz de la Ley de Reforma Constitucional N.º 19.611, de 16 de junio de 1999 que modifica el Artículo N.º 1 de la Constitución substituyendo el vocablo “Los hombres...” por “Las personas...”, ha de ser desechada en virtud del acuerdo formulado por la Sala del Senado con fecha 3 de marzo de 1999 al tratar dicha reforma constitucional. El acuerdo en cuestión, solicitado por el H. Senador Bombal, expresa en palabras de quien lo presentara que “jamás se podrá desprender de él (del nuevo texto del Artículo 1° de la Constitución) que, en conformidad a nuestro ordenamiento fundamental, se es persona y, por ello, sujeto de derecho a partir del nacimiento, pues este asunto ya fue zanjado por otra norma constitucional”. Dicho acuerdo tuvo por finalidad “dejar constancia en actas para la historia fidedigna del establecimiento de la norma constitucional”, de modo tal que “el intérprete pueda citar con autoridad” gracias a un “acuerdo del órgano legislativo con potestad suficiente para crear, interpretar auténticamente, modificar o derogar la norma de que se trata”. Ciertamente, el Senado está constitucionalmente autorizado para adoptar acuerdos de esta naturaleza en virtud del Artículo 49 de la Constitución, inciso final; siendo los únicos acuerdos excluidos de su competencia aquellos “que impliquen fiscalización”, privativos de la Cámara de Diputados.

Esta disposición, inspirada en la redacción del Artículo 75, inciso 1° del Código Civil, debe ser entendida como una directriz competencial y axiológica plenamente vinculante para los organismos constitucionales —como el legislador— e infraconstitucionales o legales —como un instituto, sea de Salud Pública o cualquier otro—, en virtud del principio de vinculación directa de la Constitución¹⁴. El severo lenguaje empleado en este artículo se estructura de manera claramente finalizada hacia un sentido protector del que “está por nacer”, también llamado *nasciturus*. Tal como en otras disciplinas jurídicas se habla del “mejor interés del menor”, o del principio *pro operario*, o también *pro reo*, en el derecho constitucional el Artículo 19 N° 1 de la CPR es el fundamento de otro fuerte principio protector, ciertamente del más alto estatus constitucional, sobre la vida del que está por nacer.

2.2. La reserva legal en materia de protección del que está por nacer

Si se quiere emitir rápidamente un juicio sobre si la distribución de la píldora es constitucional o no, debemos detenernos en las primeras palabras del inciso segundo del artículo 19 N° 1 de la Carta: “La ley”.

Aquí hay un llamado a la ley, al legislador. Esta directriz del artículo 19 N° 1, entonces, no sólo es axiológica, sino también competencial. Esto significa, en primer lugar, que la competencia que la Constitución ha entregado de manera exclusiva y directa al legislador no puede ser reemplazada por la discrecionalidad de otro órgano del Estado; particularmente, por el Estado-Administración. Aquél ha de respetar con la máxima deferencia la labor que le ha sido encomendada al legislador, sin estorbarla ni entorpecerla mediante actos administrativos cuyos efectos se sospechan reputadamente abortivos. No olvidemos que quien tiene un deber, como en efecto lo tiene el legislador, tiene el derecho a poder cumplirlo cabalmente.

Esto no es sino una manifestación del principio conocido en doctrina como *principio de reserva legal*, y que consiste en el acto del constituyente que deposita en manos del legislador, con exclusión de la participación autónoma de la Administración, la función de determinar y aplicar la norma constitucional que le ha sido remitida. El Tribunal Constitucional ha abordado con especial dedicación este principio, y últimamente ha sancionado resueltamente su infracción por actos administrativos¹⁵. Ciertamente

¹⁴ Contenido en el Artículo 6° de la Constitución, el principio de vinculación directa de la Constitución es la expresión fundamental de la supremacía constitucional, a tal punto que fundamenta el sistema de control y justicia constitucional de nuestro sistema jurídico.

¹⁵ Véase el caso llamado “Impacto Vial”, Tribunal Constitucional, 9 de abril de 2003, Rol N° 370.

enlazado con la separación de poderes, este principio no sólo cumple una función en la arquitectura política de nuestra Carta Fundamental, sino también desempeña un importante papel garantista: opera como ámbito de actuación para el legislador y límite de entrada para el administrador.

En efecto, como hemos dicho en otra oportunidad, “la reserva legal cede a favor del individuo, de la persona titular de derechos públicos subjetivos”, puesto que “la reserva legal es en sí misma una garantía conferida por la Carta que obliga al Estado, a favor del individuo”¹⁶. El constituyente ha sido muy celoso en delimitar esta esfera, a tal punto que en virtud del Artículo 61 inciso 2° de la CPR estas materias no son siquiera delegables en el Presidente de la República a efectos de la dictación de decretos con fuerza de ley. En esta situación se encuentran, pues, las garantías constitucionales, de las cuales la primera y más cuidadosamente confiada al legislador es la esfera de protección del “que está por nacer”.

Ahora, ¿en qué consiste la reserva legal en el caso del Artículo 19 N° 1? Básicamente, en especificar la forma en que se cumplirá el deber de proteger la vida del que está por nacer. Esto abarca las protecciones especiales que se proveerán al *nasciturus*, las definiciones biológicas especiales sobre el comienzo de la vida y, en opinión de algunos, la consideración de qué casos especiales y calificados de aborto terapéutico podrían admitirse, despenalizando aquella conducta abortiva¹⁷.

Queda establecido entonces que, ante la Constitución, la única autoridad habilitada para evaluar y calificar el juego de intereses jurídicos de la vida del que está por nacer, frente a los derechos de terceros (la madre, por ejemplo), es la ley.

2.3. El debate de la Comisión Constituyente no contempló posibilidad de píldora ni del aborto puro y simple

El profesor Antonio Bascuñán ha expuesto una tesis en este seminario, y también en sus trabajos escritos, consistente en que la CENC optó por una solución de transacción al redactar el artículo 19 N° 1 del Código Máximo¹⁸.

¹⁶ Fernandois, Arturo: *Derecho Constitucional Económico*, 2001, Tomo I, p. 121.

¹⁷ Señalemos que un proyecto de ley que pretendiera modificar el estatuto jurídico del embrión probablemente entraría en la condición de ley *interpretativa de la Constitución*, al definir los parámetros básicos del inicio de la “persona”, que es la segunda palabra en toda la Carta. Así, este proyecto debería atravesar los requisitos de esta clase de leyes: los quórum previstos por el Artículo 63 de la CPR y el control preventivo a cargo del Tribunal Constitucional.

¹⁸ Bascuñán R., Antonio: “La Píldora II”, en *El Mercurio*, 30 de mayo de 2004, p. A2.

Entre las alternativas extremas de proteger completamente la vida del *nasciturus*, y la de proteger completamente la libertad o autonomía de la madre, Bascuñán propone que la CENC habría optado por una solución intermedia, autorizando al legislador para jugar en ese espacio. Citando un extracto de la sesión 90ª, el profesor transcribe la opinión del presidente de la Comisión: “Se desea dejar una cierta elasticidad, para que el legislador en determinados casos, como, por ejemplo, el aborto terapéutico, no considere constitutivo de delito el hecho del aborto”.

Esta tesis de transacción, de ser cierta, podría llevar a concluir —no lo dice directamente Bascuñán— que la píldora está bien autorizada en Chile, y errados los fallos de las Cortes que la prohíben.

Creo que está mal proyectada la opinión de la CENC. A partir de un hecho exacto y correcto, que es la tibieza y falta de resolución de la CENC respecto de la prohibición directa del aborto y la eutanasia en la misma Constitución, se extrae una conclusión hipertrofiada.

En efecto, una lectura rigurosa de las actas de todas las sesiones en que se trató el tema, particularmente de la sesión N° 90, y varios años después también de la sesión N° 407, permite concluir muy objetivamente que: a) la CENC no adoptó acuerdos en la materia, ni siquiera por mayorías relativas, sino que dejó simples constancias de las opiniones divergentes que tuvieron sobre estos aspectos. b) Varios comisionados fueron partidarios, con ciertos matices, de no prohibir el aborto ni la eutanasia directamente en el texto constitucional, a fin de dar al legislador la posibilidad de, ante antecedentes extraordinarios, autorizar el aborto terapéutico, pero sólo el aborto terapéutico o circunstancias tan extraordinarias como ésta. c) Por esa razón, no hubo mayoría para prohibir el aborto en la Constitución, no obstante dos comisionados lo solicitaron directamente (Guzmán y Silva Bascuñán). d) Todos los comisionados estuvieron de acuerdo en que sería sólo el legislador el encargado de apreciar estos antecedentes, mediante leyes que podrían despenalizar ciertas formas muy calificadas de aborto, como el terapéutico; e) Ningún comisionado objetó ni contradijo las varias intervenciones que pusieron en la concepción el comienzo de la vida humana.

Decimos entonces que entre la opinión de la CENC, fragmentada como decimos, y la autorización estatal para comercializar o distribuir el Levonorgestrel hay un feroz abismo, que impide dar licencia de constitucionalidad a la píldora. En efecto, como se ve, ni bajo la opinión de los comisionados más liberales en la materia (Ortúzar y Ovalle) podría entenderse que autorizaron el aborto puro y simple mediante ley, ni mucho menos la píldora mediante actos administrativos. Explicaré en detalle el trabajo de la CENC en esta materia, para que el lector pueda apreciar.

La sesión clave de la CENC es la 90^a, llevada a cabo el 24 de noviembre de 1974. En ella el presidente de la Comisión, don Enrique Ortúzar, se muestra partidario de encargar al legislador el detalle de la disposición. En efecto, él personalmente aprueba el aborto terapéutico (recogiendo la teoría del “conflicto de intereses” que expone hoy el profesor Bascuñán), así como aprobaría el aborto en caso de violación. Siguiendo la misma tesis del conflicto de intereses, rechaza la eutanasia, escenario donde no se observaría dicho conflicto¹⁹.

Por su parte, el comisionado Silva Bascuñán rechaza el aborto terapéutico y niega que haya un conflicto de derechos en la situación denominada “terapéutica”; simplemente, según manifiesta, es una hipótesis donde el “fin justifica los medios”. Un fin indiscutiblemente noble, la preservación de la vida materna, se esgrime acuciosamente como motivo para un fin abortivo y, por lo tanto, homicida. Más adelante reclama que se incorpore la frase del inciso segundo; aunque lo hace en la creencia de que en ella no hay una prohibición directa y absoluta del aborto.

La posición del comisionado Jaime Guzmán también es directa: rechaza el aborto terapéutico e interpreta el silencio de la Constitución —es decir, el hecho de que ésta no habla de aborto— simplemente como una medida de prudencia, pero en ningún caso de permisividad.

En una postura diversa se manifiestan otros comisionados. Evans interpreta el silencio de la CENC como la entrega de la facultad al legislador para despenalizar el aborto terapéutico, pero no así para el “aborto común”. Expresa dudas de si todos están entendiendo lo mismo. Ovalle, por su parte, entiende que el texto del proyecto constitucional es flexible ante el aborto, pero en un marco restringido. Sin embargo, reconoce el influjo de la reserva legal que hemos venido indicando al decir que es “el legislador el que deberá tratar este tema, con acopio de antecedentes, informes técnicos y estudios concretos, que el constituyente no puede tener a la vista” (sesión 90).

Ante esto, Guzmán deplora todas las interpretaciones ajenas al espíritu de la norma. Se manifiesta partidario de que la CPR disponga expresamente la prohibición del aborto y de la eutanasia. Ortúzar, frente a esto, declara su admiración por Guzmán, manifestando que le envidia “esa integridad tan absoluta” (p. 21).

¹⁹ Es destacable, sin embargo, el reconocimiento que hace don Enrique Ortúzar, en la misma sesión de 25 de noviembre de 1974, al principio en cuya defensa se escriben estas líneas; esto es, que la norma del Artículo 19 N° 1 es tan valiosa porque se encamina a proteger la vida y la dignidad de un indefenso, “porque no podría desconocer que dentro del vientre materno, desde la concepción, hay un ser humano”.

En definitiva, tras este cruce de opiniones, la Constancia Final de la CENC en su Sesión 90ª, constancia de que no es acuerdo sino sencillamente el acuerdo de dejar la constancia, es la siguiente: se acuerda hacer constar las opiniones de Evans y Silva Bascuñán, sin que ello perjudique (sin perjuicio de) las opiniones de cada uno. Finalmente, la opinión final de Ortúzar remite la solución al legislador, y limitadamente lo autoriza para que despenalice el aborto en casos “tan calificados como el aborto terapéutico, principalmente”.

Como antecedente adicional, podemos señalar que en la sesión Nº 407, de 9 de agosto de 1978, con la presencia de los comisionados Guzmán, Ortúzar, Bertelsen, Romo, Lorca, Bulnes, se discute sobre la forma en que se está redactando el Memorando de Ideas Precisas, y se reitera aproximadamente lo concluido sobre al aborto, pero con dos detalles: se acuerda reconocer que la persona tiene vida en su existencia intrauterina; y se recuerda que no hubo consenso en la sesión 90ª.

Creemos que Cea acierta cuando dice que, al leer el Artículo 19 Nº 1, si bien existe un margen de maniobra para el legislador, “es nuestra convicción que tan amplia remisión a lo que disponga la ley no puede concluir en una interpretación incorrecta”, toda vez que “el legislador siempre debe cautelar o proteger, incluso preventivamente, la existencia del ser humano que está por nacer y no decidir, como si fuera un asunto discrecional, en qué casos y excepciones, dentro de cuáles plazos, a través de qué medidas o con cuáles condiciones lo hará”²⁰.

2.4. ¿Qué ha resuelto en definitiva el legislador?

El legislador chileno, a nuestro juicio interpretando correctamente el mandato constitucional, ha optado por la penalización genérica y sin excepciones del aborto. Esta voluntad se expresa tanto en el ejercicio del *ius puniendi*, esto es, de sus poderes punitivos, como en la ordenación de los aspectos relacionados con la salubridad. Así, el Código Penal tipifica las conductas del aborto²¹ causado por un tercero con violencia, sin violencia pero sin el consentimiento de la mujer, y con consentimiento de la mujer;

²⁰ Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. *Derechos, Deberes y garantías*, 2004, p. 95.

²¹ No se recuerda, por quienes alegan la necesidad de implantar una excepción en el caso del aborto terapéutico, que estando el aborto genérico penalizado por el Código Penal, le son tan aplicables como a cualquier otro delito las causales de justificación o de exculpación, de las cuales la más aplicable pudiera ser bajo determinadas hipótesis el obrar impulsado por un miedo insuperable. La diferencia con esta hipotética posibilidad, y con el levantamiento de la prohibición en el aborto terapéutico, es la radical mutación del valor vida que reflejaría,

el aborto preterintencional causado por un extraño; el aborto causado o consentido por la mujer; y el aborto causado por un facultativo en abuso de su oficio²². Por su parte, el Código Sanitario en su Artículo 119 dispone de manera directa y clara que no podrá “ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto”²³.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, a partir de las definiciones del Código Civil sobre el comienzo de la vida —que ciertamente requieren de la concurrencia de otras disciplinas para su mejor entendimiento²⁴—, “esta protección debe darse desde la concepción, estableciendo una presunción de derecho para determinar el día u oportunidad en que se produjo, sin hacer ningún otro cálculo ni descontar tiempo alguno, referido a la anidación del producto de la concepción ni a ningún otro fenómeno que pueda producirse con posterioridad a la fertilización del ovocito por el espermatozoide”²⁵.

Las medidas conservativas respecto del que está por nacer, ordenadas en virtud del Artículo 75 del Código Civil, abarcan “todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá”. El lenguaje es muy

relajándose enormemente la ponderación que en la actualidad realiza nuestro sistema de aquél. No es lo mismo el obrar de quien obra en circunstancias excepcionísimas, convencido de la necesidad circunstancial pero profunda de su acción abortiva, que la del facultativo que se dedica a ello sabiéndose amparado por una autorización legal bajo la etiqueta “terapéutica”.

²² Código Penal, Libro II, Título VII, de los “Crímenes y Delitos contra el Orden de las Familias, contra la Moralidad Pública y contra la Integridad Sexual”. En la actualidad está en tramitación un Proyecto de Ley, presentado por moción el 20 de junio de 2002 mediante el Boletín N° 2978-07, que tiene por objeto modificar el Código Penal en el delito de aborto trasladando dicho delito desde el título ya indicado a aquel que se refiere a los delitos contra las personas, entre otras materias. En palabras de los diputados autores de la moción, tal ubicación se traduce en un vicio formal de inconstitucionalidad, debiendo “encontrarse entre los delitos en contra de las personas”, “en atención a que el bien jurídico protegido es el mismo (la existencia humana), y no existe diferencia cualitativa, entre la vida antes y después del parto: ambas son humanas y dignas de idéntica protección”.

²³ Decreto con Fuerza de Ley N° 725, Código Sanitario, Libro V, “Del Ejercicio de la Medicina y profesiones afines”.

²⁴ En esto nos hacemos cargo de la advertencia de Ugarte, quien nos recuerda que, si bien es indudable que el concepto de persona es determinante para la ciencia jurídica, la “determinación de cuándo comienza la persona humana pone en juego una doble competencia; la de la Biología y la de la Filosofía. Porque es propio de la Biología decir cuándo empieza el sujeto biológico hombre, y pertenece a la Filosofía, sobre la base de los datos biológicos, decir —con la más estricta sujeción a ellos—, en el plano de los primeros principios, cuándo empieza la persona humana, o si se quiere, cuándo el sujeto biológico hombre es persona humana”. Ugarte, José Joaquín: “El Derecho a la Vida de la Persona Humana en la Fase Embrionaria y su Protección Constitucional”, 2001.

²⁵ Considerando 19° de la Sentencia de fecha 30 de agosto de 2001, Corte Suprema, Rol N° 2186 01. [Texto de la sentencia se encuentra en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición de *Estudios Públicos*. N. del E.]

similar en su amplitud al empleado por el constituyente en el Artículo 20. El valor interpretativo de esta disposición, en el contexto de la legislación nacional, es enorme. El juego entre el 19 N° 1 de la CPR, cuyo lenguaje según hemos visto no es descriptivo sino imperativo, y el artículo 75 del Código Civil determina la actitud que deberá tener el órgano encargado de la adjudicación en escenarios de discrepancia —esto es, el tribunal— y la oportunidad en que actuará. ¿Cuál deberá ser su actitud? Deberá adoptar toda providencia conveniente en su opinión en defensa de la vida del que está por nacer. ¿Cuándo? Cada vez que crea —de manera fundamentada, no caprichosa— que de algún modo peligr.

En suma, el legislador chileno no ha abierto espacio alguno para el aborto, ni para ninguna acción que pueda terminar con la vida del que está por nacer. Ahí están el Código Penal y el Código Sanitario, que terminó con el aborto terapéutico en 1989. En rigor, lo único que el legislador podría llegar a hacer sin vulnerar el espíritu constitucional, es reponer el aborto terapéutico, que, sabemos, en realidad ya no existe en medicina, como lo recordó el propio Presidente Lagos²⁶.

2.5. La píldora se ha autorizado por actos administrativos

Estamos entonces en el siguiente punto: la Constitución formula su mandato para proteger la vida del que está por nacer, este mandato obliga a los órganos del Estado y a todas las personas, este mandato puede ser interpretado y materializado únicamente mediante leyes, las que, en circunstancias muy excepcionales, se sostiene por los integrantes más liberales de la CENC, podrían llegar a despenalizar el aborto terapéutico. Además, hemos asumido el supuesto de que la vida comienza con la concepción, y que el Levonorgestrel puede causar la muerte del embrión.

Entonces, si es la ley la que debe resolver este tema, ¿qué ocurrió con la píldora? Pues bien, fue autorizada por meros actos administrativos, de segundo orden.

En efecto, el primero de ellos fue la Resolución del Instituto de Salud Pública N° 2.141, de 21 de marzo de 2001, que autorizó la circulación del fármaco Postinal. Esta autorización fue dejada sin efecto por la sentencia de la Corte Suprema de 30 de agosto de 2001, recaída en recurso de apelación de Recurso de Protección Rol N° 2.186-2001.

²⁶ Lagos E. Ricardo, en entrevista de televisión de 29 de enero de 2000, en el programa llamado “Programa 19” de televisión mexicana, dice: “El aborto terapéutico, tú te darás cuenta, de que después de buena discusión de cuantos casos de aborto terapéutico hay y te dicen que, con el avance de la ciencia, en un millón de casos hay un aborto terapéutico, esto es absurdo.” En página web: www.esmas.com/televisa

La siguiente intervención administrativa, dictada a pocos días de que la Corte Suprema emitiera su pronunciamiento, fue la Resolución del mismo Instituto de Salud Pública²⁷ N° 7.224 de 24 de agosto de 2001, que se materializó en la autorización concedida al Laboratorio Grünenthal para comercializar la píldora. Ella fue declarada nula de derecho público por sentencia del 20° Juzgado Civil de Santiago de Santiago, con fecha 30 de junio de 2004.

Finalmente, debemos señalar como ulterior actuación administrativa la Resolución Exenta N° 527 del Ministerio de Salud, de 25 de abril de 2004, que dispone —mediante la instrucción denominada “Normas y Guía Clínica para la Atención en Servicios de Urgencia de Personas Víctimas de Violencia Sexual”— la distribución en los centros asistenciales de la píldora, radicalizando la arbitrariedad de su actuar.

Se ha burlado entonces la reserva legal, que según hemos dicho “tiene una génesis abierta, formalmente transparente, pluripersonal, basada en la discusión controversial y sometida a contrapesos formidables”. La potestad reglamentaria, por el contrario, tiene una filosofía distinta; sus normas “emanan de una sola persona, en un proceso deliberadamente inconsulto ante la Constitución y que por definición no es transparente —aunque pueda ser voluntariamente prístino y mancomunado— y en que la categoría de sus contrapesos institucionales es por definición inferior a la potestad legislativa”²⁸.

Hay ciertamente una desviación de poder cuando el “categórico fallo (de 30 de agosto de 2001 de la Corte Suprema) ha sido desestimado por una práctica administrativa consistente en autorizar la distribución de sustancias iguales o equivalentes pero con un nombre comercial distinto”²⁹. Las infracciones sucesivas del Ministerio de Salud pueden ser caracterizadas de la siguiente manera: primero, autorizar la venta de la píldora abortiva en lugares privados; segundo, imponerla en el sistema de salud público.

En síntesis, ¿qué hemos tenido en relación al Levonorgestrel? Simplemente dos actos administrativos, ni siquiera propios de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, que han autorizado la comercialización del Postinal (2001) y la distribución gratuita del Postinor-2 por parte del Estado (2004). Dos actos administrativos de rango menor, caren-

²⁷ Que en aquel momento, no lo olvidemos, era parte en el anterior juicio, el cual estaba en estado de dictarse sentencia.

²⁸ Fernandois, Arturo: *Derecho Constitucional Económico*, 2001, p. 122.

²⁹ Cumplido, Francisco, Humberto Nogueira, Jorge Precht *et al.*: “La ‘Píldora del Día Después’, los Derechos Humanos y la Constitución Política”, *El Mercurio*, Cuerpo D, 9 de mayo de 2004.

tes de toda fundamentación, incluso vulneratorios del principio administrativo de la motivación.

¿Qué es esto? ¿No habíamos concluido que la Constitución encargó al legislador los parámetros bajo los cuales el *nasciturus* podría ser protegido?

He aquí entonces un primer vicio constitucional claro, irrefutable, de ambas resoluciones administrativas, y que sostiene férreamente los fallos de la Corte y del 20° Juzgado Civil de Santiago ya citados.

2.6. Los fallos de 2001 y 2004

Es así como llegamos a las sentencias que han declarado a la píldora como contraria a la Constitución. Nada distinto podían realmente hacer con las leyes vigentes y los principios constitucionales que obligan a los jueces por mandato de los artículos 6° y 7° del Código Magno.

Se puede invitar a los tribunales a ser creativos, a ser audaces, pero no se los puede forzar a vulnerar preceptos constitucionales y principios tan claros, como los que hemos revisado. Por eso, las sentencias han sido correctas, fundadas y plenamente ajustadas al estado de derecho³⁰.

La jurisprudencia ha recogido los argumentos planteados en dos procesos de origen constitucional: la acción de protección, y la nulidad de derecho público. En primer lugar debemos reseñar la acción de protección resuelta en primera instancia por la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 850-2001 (Octava Sala). En ella, la ministra Amanda Valdovinos redacta el fallo de mayoría, que rechaza el recurso por no ajustarse en opinión de la Corte a las exigencias constitucionales y del auto acordado de tramitación de recurso de protección, al estar dicho recurso incoado en nombre de “sujetos todos indefinidos y faltos de la concreción indispensable que la ley exige para ser titulares de la acción de protección” (considerando 9°). La ministra María Antonia Morales, quien actualmente integra la Corte Suprema, redactó su disidencia señalando que el Instituto de Salud Pública, “como órgano del Estado está obligado a someterse a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, por lo cual “incurrió en manifiesta ilegalidad al dictar la resolución impugnada”.

³⁰ Recordemos que la sentencia de primera instancia en el recurso de protección Rol N° 580-2001, que lo rechaza para luego ser revocado por la Corte Suprema, está fundado en argumentos formales. Estimaron los jueces que el tema no era propio de protección, sino de juicio de lato conocimiento. Por tanto, ni siquiera este momentáneo éxito judicial se basó en consideraciones de fondo sobre el derecho de la mujer a su propia autonomía, por sobre la vida del *nasciturus*. [Véase texto del fallo en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición. (N. del E.)]

La apelación de dicho fallo fue vista por la Corte Suprema bajo el Rol N° 2.186-2001. En ella se revirtió el restringido alcance que el tribunal *a quo* había otorgado a la vía de protección. Para el máximo tribunal, no es necesario llegar a defender la procedencia de una acción popular, toda vez que “el medio o arbitrio procesal que constituye el recurso de protección se encuentra establecido en términos muy amplios, precisamente para amparar y resguardar el ejercicio de aquellos derechos que se estiman máspreciados por los individuos o la persona humana sin distingo de ninguna naturaleza” (considerando 2°). Destacable es la lectura que hace en el considerando 5° del Artículo 75 del Código Civil, coincidente con la exégesis que de aquél hemos hecho: “obliga al juez a tomar por propia iniciativa o a petición de cualquiera persona ‘todas las providencias que parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligra’”. Pocas veces una disposición legal inclina de manera tan drástica la balanza a favor de alguna de las partes de un litigio. En este caso, el que está por nacer goza de una fuerte presunción en su favor.

En el considerando 17° se resume la doctrina del tribunal: “se hace evidente que el que está por nacer, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo prenatal —pues la norma constitucional no distingue—, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación”.

A continuación, la otra vía de impugnación fue la acción de nulidad de derecho público seguida ante el 20° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 5.839-2004³¹. Aplaudimos la fuerza clarificadora del considerando 9°: “los hechos que han sido sometidos a conocimiento de este Tribunal y sobre los cuales éste tendrá que decidir, se circunscribirán únicamente a la controversia jurisdiccional, esto es, la Nulidad de Derecho Público, situación a la que se abocará esta sentenciadora prescindiendo de cualquier convicción de tipo religioso o contingente”. Nos interpreta plenamente. La protección de la vida del *nasciturus* no es un problema de creencias o convicciones personales o religiosas. Éste es un tema de realidades científicas y de derecho constitucional.

³¹ En el intertanto, la Suprema Corte de Justicia de Argentina emitió el ya citado y análogo pronunciamiento sobre la píldora del día después en su sentencia de 5 de marzo de 2002. Allí declara que “se hace lugar a la acción de amparo y se ordena al Estado Nacional —Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica— que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco”. Señala que “esta solución condice con el principio *pro homine* que informa todo el derecho de los derechos humanos”.

Creo que este fallo en juicio ordinario de nulidad de derecho público, junto con su acierto sustantivo por las razones que hemos expuesto, traerá una aún mayor consolidación a este instrumento procesal de control de la constitucionalidad.

2.7. El valor del derecho constitucional comparado

Por último, permítanseme dos líneas para una reflexión antes de las conclusiones. Nuestros contradictores suelen invocar el derecho y la jurisprudencia constitucional comparada norteamericana y europea, tolerante del aborto con diversos matices.

Reconozco que países civilizados y respetables como Alemania y Estados Unidos han abierto la puerta para las píldoras de toda clase y en definitiva para el aborto, fundados en el derecho de la mujer a su privacidad, a su autonomía, y a otra serie de llamados “valores”. Reconozco también que son sistemas jurídicos respetables, en muchos aspectos paradigmáticos para Chile.

Pero mucho cuidado con pretender que estas sentencias extranjeras, redactadas por seres humanos, aprobadas con estrechas mayorías (particularmente en EE.UU. las famosas *Roe v. Wade*, de 1973, *Casey*, de 1992, pero también en Alemania la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 1993), puedan estimarse infalibles piezas del desarrollo jurídico de la humanidad. No lo son y hay que apreciarlas en su mérito. Famosas sentencias de la Corte Suprema norteamericana han sido celebradas en su tiempo y devinieron infames equivocaciones con posterioridad, que aún avergüenzan al derecho.

Piénsese en el caso *Dred Scott v. Stanford*, de 1857, que resolvió que los afro-americanos no eran ciudadanos, sino propiedad de sus amos, prohibiendo al Congreso legislar para erradicar la esclavitud. Piénsese en *Plessy v. Ferguson*, de 1896, que validó la política de la segregación racial, porque no violaría la cláusula de la igual protección de los ciudadanos. ¿Qué va a decir la historia de *Roe v. Wade*? Hoy, en las aulas norteamericanas ya se le reconoce como una muy mala sentencia, incoherente, que no se fundó en precedente alguno y por resultar en consecuencia poco prolija, a diferencia de *Casey*. Recuerdo estar sentado en una sala de Harvard cuando el redactor de la sentencia y ex alumno de esa universidad, Joseph Blackmun, visitó la Facultad de Derecho. Estando pronto a la jubilación, la ovación de los estudiantes al anciano juez fue inmensa, pero más se le agradecía la “dicha” de haber conferido tal cantidad de poder a la

mujer embarazada, que se le felicitaba por su obra jurídica. En mi opinión, no sería extraño que en el futuro estas sentencias se reviertan gradualmente³².

En fin, invito a evaluar la jurisprudencia comparada en su propio mérito, más que en su fuerza institucional.

2.8. Conclusión ante el derecho constitucional chileno

En definitiva, hemos repasado los argumentos que nos permiten sostener que la píldora del día después resulta atentatoria del derecho a la vida de la persona humana existente en el óvulo fecundado, y por tanto, intrínsecamente inconstitucional cualquier acción del Estado que autorice, promueva u obligue su uso por los habitantes de Chile.

3. LAS PREMISAS DEL PROFESOR BASCUÑÁN:

¿SON ADMISIBLES ANTE EL DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO?

3.1. Síntesis de los planteamientos de Antonio Bascuñán Rodríguez

Estimamos cumplido nuestro trabajo en cuanto a comentario sobre los aspectos normativos-constitucionales de la píldora. Pero esta presentación no estaría completa si no nos hacemos cargo de los inquisitivos argumentos del profesor Antonio Bascuñán en respaldo de la licitud de este fármaco.

Las nuestras tendrán que ser reflexiones excesivamente breves, y nos excusamos ante los asistentes y lectores por ello, pero se ha extendido demasiado la primera parte. No puede ocurrir lo mismo con ésta.

³² No incursionaremos en la consistencia que dentro de aquellos sistemas constitucionales tiene la solución abortiva, por exceder de los objetivos de este trabajo. Baste recordar, sencillamente, que incluso dentro del sistema constitucional norteamericano las tesis *liberals* sobre el aborto debieran caer frente al espíritu de la VIII Enmienda, que declara como contrarios a la constitución los castigos “cruels e inusuales”. La jurisprudencia de la Corte Suprema, máximo intérprete del texto constitucional norteamericano, ha dicho que los redactores de dicha disposición no sólo pretendieron impedir la inserción de procedimientos y técnicas condenadas en 1789, sino también buscaban prevenir la autorización de “una crueldad coercitiva ejercida mediante otras formas”; por lo que la Enmienda tenía un “carácter expansivo y vital”. *Weems v. U.S.*, 217 U.S. 349 (1910). En definitiva, la VIII Enmienda “debe extraer su significado de los estándares evolutivos de decencia que acompañan el progreso de una sociedad que se dirige a su madurez”. *Trop v. Dulles*, 356 U.S. 86 (1958). Resulta difícil de creer que los principios de proporcionalidad y humanitarismo que irradian ésta y otras Enmiendas se satisfagan con procedimientos de destrucción y extracción del feto.

En fin, realizaremos un análisis de los planteamientos del profesor Bascuñán. Como se verá, no opondremos a sus argumentos la “postura oficial católica” que denuncia en su defensa de la píldora³³, sino las reglas constitucionales vigentes en la actualidad en nuestro país. Advierto, eso sí, al propio profesor Bascuñán, que éste es un sumario necesariamente imperfecto de su doctrina, porque no somos sus autores, sino que simplemente nos hemos esforzado por sistematizar sus planteamientos.

3.1.1. En lo conceptual: la exigibilidad diferenciada

Bascuñán plantea que la clave para resolver el tema de la píldora está en avanzar hacia una exigibilidad diferenciada. Ésta tendría que distinguir entre el deber de no matar y el de no abortar en circunstancias extraordinarias, puesto que no son deberes equivalentes. Dice: “En esto no puede haber confusión: el deber de tolerar el embarazo es un deber que no tiene equivalente. No equivale simplemente al deber de no matar”³⁴.

Más adelante veremos una réplica a este argumento.

3.1.2. En lo biológico: la interacción epigenética y el comienzo de la vida en la implantación

He aquí otro argumento de nuestro contradictor. Cuando éste se ve refutado en cuanto al comienzo de la vida³⁵, enarbola la “crisis del paradigma genético”, revolución científica que se habría producido por el “reconocimiento de elementos epigenéticos en la constitución del programa de desarrollo embrionario”³⁶.

Bascuñán detecta en esa anidación supuestos efectos definitorios del ser de la criatura. Pero nadie niega que la implantación sea una etapa importante en la formación del futuro niño. La anidación haría una diferencia porque sólo después de ella operan elementos epigenéticos que hacen que el embrión en parte se “constituya” y no sólo se desarrolle. Así y todo, lo que Bascuñán no es capaz de derribar en el “paradigma genético” es la determinación de la fecundación como hora 0 en el proceso de gestación. Ciertamente, un programa de desarrollo necesita de un medio donde desa-

³³ Bascuñán, Antonio: “La Píldora”, *El Mercurio*, 23 de mayo de 2004, p. A-2.

³⁴ *Ibídem*.

³⁵ Por carta a *El Mercurio* del profesor Ventura Jacá.

³⁶ Bascuñán, Antonio: “Embrión Preimplantacional”, *El Mercurio*, 8 de junio de 2004, p. A-2.

rollarse, función que desempeña no sólo el endometrio sino que el conjunto del hábitat gestacional donde se desenvuelve la criatura a lo largo de los 9 meses. Que la implantación es un momento importante, desde luego lo es. Pero lo que es más determinante aún es que ahí no comienza nada que no estuviera ya previsto. Ni algo que ya era deja de ser tal, para pasar a ser otra cosa.

Como ya revisamos, ésta es una propuesta interesante, pero científicamente verde como para pensar que los intérpretes de la Constitución y los funcionarios del Estado puedan aplicarla hoy, en desmedro de la conclusión científica mucho más asentada de la fecundación como hora cero de la persona. Como dice Ugarte, el consenso científico hoy es que “La teoría genética sostiene que desde el momento de la concepción se forma el genotipo definitivo del nuevo ser humano, al originarse el cigoto que es su célula primordial”³⁷. Es ahí donde se constituye el código genético completo, sin inyección de nueva fecundación. El individuo se desarrolla en un proceso dotado de coordinación, continuidad y gradualidad, lo que supone un gobierno intrínseco y un sujeto único.

3.1.3. En lo constitucional: el debate de la CENC y la tolerancia legislativa del aborto

Hemos revisado más arriba este planteamiento, y lo hemos replicado con un análisis detallado de lo que sucedió en la CENC.

Estamos de acuerdo con Bascañán en que en la CENC no hubo consenso para establecer en forma absoluta la protección desde la concepción, pero tampoco hubo acuerdo para rechazar esa fórmula (sesión 87^a); se remitió al legislador la responsabilidad de regular los detalles de esta materia, dentro del deber general de proteger la vida del que está por nacer (reserva legal). Hay entonces un *statu-quo*; el único fundamento para esta flexibilidad fue la posibilidad del aborto terapéutico, que es sustancialmente distinto al concepto de “derechos reproductivos” y que afirma la medicina ya no existe.

3.1.4. En lo penal: la despenalización del aborto en los casos en que la mujer “no ha tenido control sobre su embarazo”

Finalmente, creemos leer que el profesor Bascañán propone esta reforma criminal en materia de aborto porque “lo que está en juego es qué

³⁷ Ugarte, José Joaquín: “La Constitución y la Píldora Abortiva”, 2001, p. 7.

sacrificio personal es legítimo exigir a una mujer, incluso por la fuerza”³⁸. No simpatizamos con esa propuesta, simplemente porque evaluamos de forma distinta “el peso” del interés de la mujer frente al “peso” del interés del ser humano que ya existe por nacer. En esto nos separamos radicalmente, pero no puedo descartar la propuesta con ningún otro argumento, en el entendido de que es una propuesta para modificar las leyes, y no para obviarlas.

3.2. Réplica: ¿En qué esfera se ubica la propuesta de Antonio Bascuñán Rodríguez?

En síntesis, para la tesis que venimos revisando, el verdadero problema está en cuánta autonomía personal está dispuesto este país a reconocer a las mujeres en su vida sexual y reproductiva. Dice el promotor de esta tesis que la naturaleza fue injusta en la distribución de la carga reproductiva entre mujeres y hombres, y la ley no puede confirmar esa injusticia. Por tanto, debe conferirse a la mujer un derecho a la “autonomía reproductiva” “en el tiempo previo a la anidación.

Respondemos: el principio de la *exigibilidad diferenciada* no es otro que el de la *no discriminación arbitraria*, o *interdicción de la arbitrariedad* (arts. 19 N° 2 y 20 de la Carta). Este principio exige dar igual tratamiento, someter a los mismos deberes o exigencias de la misma intensidad a quienes se encuentren vinculados por un elemento esencial en relación al fin. Las mujeres embarazadas se encuentran en la misma situación en relación al fin de la ley, por mandato constitucional, que es “proteger la vida del que está por nacer”; pero se encuentran en posición distinta a la del hombre, a menos que se logre embarazar a un hombre.

Mientras la infracción del deber jurídico de no abortar por la mujer produce la pérdida de una vida humana —o en la lógica de Bascuñán una altamente potencial vida humana—, la infracción del deber por el hombre no produce esa consecuencia, porque no está embarazado. Igualmente la ley le exige no producir abortos en terceros. Por esta razón, la intensidad del deber impuesto a la mujer es constitucional y legítimamente superior al del hombre, qué duda cabe, pero el derecho no está llamado a cambiar esta realidad fisiológica.

Creemos que hay aspectos del planteamiento de nuestro distinguido contradictor que resultan especialmente poco convincentes. En su lógica,

³⁸ Bascuñán, Antonio: “Embrión Preimplantacional”, *El Mercurio*, 8 de junio de 2004.

¿por qué conferir derechos reproductivos a la mujer sólo hasta la implantación? Si aceptamos que la exigibilidad de ese deber de no aceptar un embarazo debe ser corregida por la ley, ¿por qué limitar sólo el ejercicio de ese derecho hasta la implantación? ¿Sólo porque ahí nace un *compelling interest* del feto por sobrevivir? Suena tan caprichoso como la división del embarazo en los tres tercios de la sentencia *Roe v. Wade*. Incluso no se entiende por qué la existencia de vida humana en el *nasciturus* haría una diferencia. Si se es riguroso con la misma tesis planteada, podría legítimamente terminarse con el embarazo mientras esté utilizando el cuerpo de una mujer que no lo desea, en cualquier momento de los 9 meses, o incluso una vez nacido la mujer podría desprenderse de él, puesto que el conflicto continuará durante los primeros años de vida.

En fin, pienso que la invitación del profesor Bascuñán es, más bien, a la luz de las polémicas de prensa y de sus ponencias, una invitación a la polémica y eventualmente a la reforma legislativa, probablemente constitucional. A ella estaremos atentos.

4. CONCLUSIONES

Las sentencias pronunciadas en 2001 por la Corte Suprema y en 2004 por un juzgado civil de primera instancia de Santiago, en relación con la píldora, han aplicado perfectamente la Constitución. Ello porque, si usamos los supuestos de que la vida humana comienza con la concepción, y que todo medicamento preparado a base de Levonorgestrel puede impedir la anidación del feto, la autorización para la venta privada, o bien la distribución gratuita por el Estado de ese fármaco, pueden vulnerar el derecho a la vida que tiene esa persona humana que está por nacer. Esto configura una amenaza a un derecho fundamental, y toda acción del Estado que se involucre en ello es nula de derecho público.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bascuñán, Antonio: "Límites a la Prohibición y Autorización Legal del Aborto Consentido en el Derecho Constitucional Comparado". En *Revista de Derecho Público*, 63, 2001.
- Bascuñán, Antonio: "La Píldora". En *El Mercurio*, 23 de mayo de 2004.
- Bascuñán, Antonio: "La Píldora (II)". En *El Mercurio*, 30 de mayo de 2004.
- Bascuñán, Antonio: "Embrión Preimplantacional". En *El Mercurio*, 8 de junio de 2004.
- Cea, José Luis: *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo II. *Derechos, Deberes y Garantías*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.

- Comisión de Estudios de la nueva Constitución Política de la República (CENC): *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*. Santiago: Talleres Gráficos de Gendarmería de Chile.
- Corte de Apelaciones: Sentencia, Rol 850-2001, recurso de protección. [El texto de la sentencia se encuentra en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición de *Estudios Públicos*. (N. del E.)]
- Corte Suprema: Sentencia, rol 2.186, 2001, recurso de protección. [El texto de la sentencia se encuentra en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta edición de *Estudios Públicos*. (N. del E.)]
- Cumplido, Francisco, Humberto Nogueira, Jorge Precht *et al.*: “La ‘Píldora del Día Después’, los Derechos Humanos y la Constitución Política”. En *El Mercurio*, 9 de mayo de 2004.
- El Mercurio*: “Médicos Aseguran Que Píldora No Es Abortiva”, 9 de mayo de 2004.
- El Mercurio*: “Dos Mujeres Reciben Píldora”, 2 de junio de 2004.
- Fernandois, Arturo: “La Corte Penal Internacional y sus Implicancias Constitucionales”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 N° 3 (2003).
- Fernandois, Arturo: *Derecho Constitucional Económico*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001.
- Fried, Charles: *The Constitution in the Supreme Court*. Massachusetts y Londres: Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- Silva Bascuñán, Alejandro: *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo IV*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- Soto, Eduardo: “La Píldora Asesina Ante la Constitución”. En *Ius Publicum*, 7, 2001.
- Suprema Corte de la Nación Argentina: Sentencia del 5 de marzo de 2002, autos caratulados “Portal de Belén-Asociación Civil sin Fines de Lucro con Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación”. Recurso de amparo extraordinario. En *Boletín Semanal AICA* N° 2361, de 20 de marzo de 2002.
- Tribunal Constitucional: Caso “Impacto Vial”, 9 de abril de 2003, Rol N° 370.
- Ugarte, José Joaquín: “La Constitución y la Píldora Abortiva”. En *Ius Publicum*, 7, 2001.
- Ugarte, José Joaquín: “El Derecho a la Vida de la Persona Humana en la Fase Embrionaria y su Protección Constitucional”. Informe en Derecho presentado a la Corte Suprema en Recurso de Protección Rol N° 2.186-2001.
- 20° Juzgado Civil de Santiago. Fallo, Rol N° 5.839, 2004. [El texto de este fallo se encuentra reproducido en *dossier* “Anticoncepción de Emergencia: Antecedentes del Debate”, en esta misma edición de *Estudios Públicos*. (N. del E.)]
- Walker, Ignacio: “Píldora del Día Después”. En *El Mercurio*, 30 de mayo de 2004.
- Zapata, Patricio: “Persona y Embrión Humano: Nuevos Problemas Legales y su Solución en el Derecho Chileno”. En *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 15 N° 3 (1988). □

LA CONQUISTA DE LA INFLACIÓN EN CHILE*

Felipe Morandé y Carlos Noton

Luego de décadas de ardua lucha, Chile ha derrotado recientemente a la inflación y conseguido la tan esquivada estabilidad de precios. Este trabajo se propone analizar algunos aspectos históricos que enmarcan un camino que estuvo plagado de variados programas de estabilización, y verificar la validez empírica de un conjunto de hipótesis sobre la relación entre la inflación y las políticas diseñadas para contenerla. Entre otros resultados, se encuentra que la inflación hasta 1974 tuvo una clara raíz fiscal, pero que la solución de la causa fiscal demostró ser una condición necesaria pero no suficiente para contener definitivamente la inflación. En efecto, señalan los autores, después de que en 1976 desaparecieron los déficits fiscales financiados con emisión monetaria, tuvieron que pasar casi veinte años para que la inflación bajara consistentemente a cifras de un dígito y tres años más para que alcanzara tasas similares a las de países desarrollados. En este trabajo se plantea que la renuencia de diferentes

FELIPE MORANDÉ L. Doctor en Economía, Universidad de Minnesota. Profesor titular del Departamento de Economía de la Universidad de Chile.

CARLOS NOTON N. Ingeniero Comercial con mención en Economía y Magíster en Economía, Universidad de Chile. Profesor instructor del Departamento de Economía, Universidad de Chile.

* Base para la Conferencia del Presidente de la Sociedad de Economía de Chile, Punta de Tralca, 25 de septiembre de 2003.

autoridades a reducir más drásticamente la inflación estuvo influida por la sustancial inercia del proceso inflacionario, a su vez vinculada a la amplia indización de diversos precios, y a la desconfianza del mercado frente a la verdadera voluntad antiinflacionaria de quienes tenían a su cargo las políticas macro. A juicio de los autores, sólo el establecimiento de un banco central autónomo en 1989 y la posterior implementación rigurosa y metódica de un esquema de metas de inflación pudieron cambiar lo que hasta entonces había sido un indefectible proceso de regresión de la tasa de inflación a su media histórica. Estos hechos, a su vez, confirmarían que, previo a 1990, la principal falencia de la lucha contra la inflación, una vez superado el problema fiscal, fue la ausencia de un ancla nominal correcta.

1. Introducción

Quienes hacemos clases de macroeconomía en la universidad nos encontramos con la dificultad creciente de transmitir cabalmente a nuestros jóvenes alumnos de pregrado la presencia gravitante de la inflación en la historia económica de Chile. Después de casi diez años con tasas de inflación de un dígito y un quinquenio con cifras por debajo de cinco por ciento, lo cierto es que el crecimiento sostenido de los precios dejó hace rato de ser la preocupación prioritaria del ciudadano medio.

Sin embargo, no siempre ha sido así. De hecho, no hace demasiado tiempo atrás (menos de dos décadas), el control de la rebelde y endémica inflación era un tema de constante debate público y aparecía como un objetivo central de todos los movimientos y partidos políticos. Y no podía ser de otra forma. Desde su aparición como fenómeno relevante en Chile hacia fines del siglo XIX y por los siguientes cien años, la tasa de inflación promedio anual llegó a 31%, con una desviación estándar de 79%. Si nos concentramos en el período que analiza este artículo, 1940 a 2002, la tasa de inflación alcanza al 35,5% promedio anual, con una alta volatilidad (85,5% de desviación estándar). Como la alta inflación es también un síntoma de una mala marcha y una inadecuada administración de la economía de un país, no sorprende que el crecimiento económico de Chile haya sido mediocre durante la mayor parte del siglo XX.

La inflación se convirtió en un asunto absolutamente preponderante cuando llegó a grados extremos, cercanos a la hiperinflación, a comienzos y mediados de los setenta. En efecto, entre 1972 y 1976, la inflación promedió un 312,5% anual, según los indicadores más confiables de la época. El gobierno militar que tomó el poder en septiembre de 1973 imple-

mentó, a contar de 1975, una firme disciplina fiscal y monetaria, como parte de un programa amplio de profundas reformas pro mercado. No obstante el esfuerzo, el país tardó cinco años en conseguir una tasa de inflación de un dígito, pero sólo por breve tiempo (un año), para luego crecer de nuevo a cifras del orden de 20% anual hasta 1990 (aunque con muchos altibajos). El advenimiento de la autonomía del Banco Central de Chile hacia fines de 1989, que entre otras cosas obligaba a esta institución a focalizar su acción en la estabilidad de precios, coincide con un proceso de reducción gradual pero consistente de la inflación hasta tasas del orden de 3% anual en un plazo de nueve años. Y así estamos hoy.

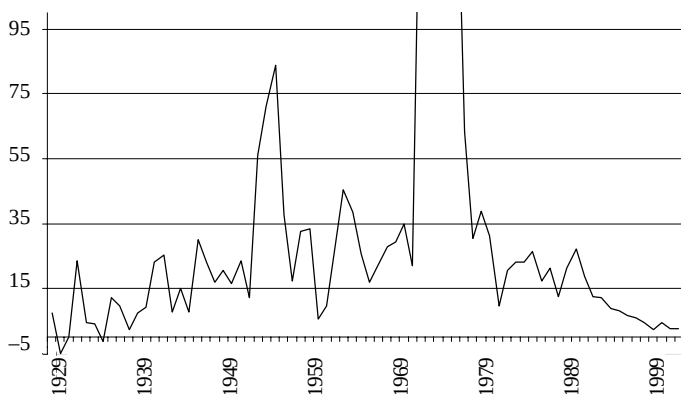
Más de cien años para abatir la inflación merecen una reflexión. Eso es lo que se propone este artículo. En la siguiente sección hacemos un breve relato de los aspectos más llamativos de nuestra historia inflacionaria moderna. En la sección 3 planteamos un conjunto de hipótesis relacionadas con las políticas antiinflacionarias seguidas por diferentes gobiernos. Finalmente, la última sección discute las posibilidades y riesgos del actual escenario de estabilidad de precios y los elementos de política e institucionales centrales para que ella permanezca. Como el artículo tiene una orientación empírica, el período de análisis considerado es de 1940 a 2002, porque de él se dispone información relativamente homogénea.

2. Breve recuento de la lucha contra la inflación

Aunque el Banco Central de Chile, actor principal en el desarrollo del proceso inflacionario en el país, nació como una institución independiente del poder político en 1925, a corto andar, y luego del abandono de la convertibilidad del peso chileno en medio de la gran depresión de comienzos de los años treinta, perdió esa característica y pasó a estar directamente bajo las órdenes del poder Ejecutivo. Eso explica, en parte, el giro que tuvo la composición de las fuentes de la emisión monetaria en esos años, que luego de estar totalmente dominada por las operaciones de cambio hasta 1929-30 (bajo el esquema de patrón oro), desembocó en una situación en que los créditos al fisco, en poco tiempo, llegaron a constituir casi el 80% de la emisión.

No obstante que en los años sucesivos la importancia de las operaciones con el sector público disminuyó hasta llegar a cifras entre 40 y 60% como fuente de la emisión monetaria, ello no refleja un menor rol del Ejecutivo en las decisiones del Banco Central, sino más bien un cambio de énfasis.

GRÁFICO N° 1: INFLACIÓN (1929-2002) (En porcentaje)



En efecto, el ímpetu de fomento a la producción desde el aparato público que se instaló con las administraciones radicales (1938 a 1952) tuvo como consecuencia, entre otras, que el Banco Central adoptara un rol activo como banco de desarrollo, financiando directamente al sector privado. Hacia 1950, esta fuente de emisión constituía casi el 50% del total. Es de notar que en aquella época también estaba en boga la doctrina monetaria de los “instrumentos reales”¹, que postulaba que la emisión monetaria respaldada por activos productivos del sector privado no era “inorgánica” y, por tanto, no era inflacionaria. También es de notar que diversas modificaciones a la ley del Banco Central fueron incorporando un mayor número de representantes del sector privado en el directorio de dicha institución, quienes seguramente veían con simpatía un importante volumen de crédito del ente monetario al sector privado, la mayoría de las veces en condiciones financieras ventajosas.

Como quiera que fuese, lo cierto es que la inflación adquirió un fuerte impulso a partir de los años cuarenta, promediando en esa década una cifra de 17,8% anual. Es interesante consignar, además, que desde 1941 hasta 1975, año en que cambió drásticamente la administración del Banco Central, la inflación nunca fue inferior a 5% anual y sólo en cuatro años estuvo por debajo de 10% anual, alcanzando un promedio de 64,2% anual. Uno de los dos subperíodos de más alta inflación en este lapso fue el del gobierno de Carlos Ibáñez del Campo, entre 1952 y 1958. En efecto, la

¹ *Real bills*, en inglés.

tasa de inflación anual promedio entre 1953 y 1956 fue de 62%, que alcanzó puntualmente el 83,8% en 1955, la más alta tasa registrada en la historia de Chile hasta entonces. En palabras de Ricardo Ffrench-Davis, “(...) Las elevadas tasas de inflación no eran más que el reflejo de una situación económica deplorable”². “El sector monetario se caracterizaba por elevados aumentos en la oferta de dinero, inducidos por los diversos desequilibrios existentes en la economía (...). Los incrementos de los medios de pago se concentraron en cubrir déficits fiscales y, en importante medida, en satisfacer el exceso de demanda por crédito bancario por parte del sector privado, que de esta manera buscaba aprovechar las ventajas que representaba obtener préstamos a tasas de interés real persistentemente negativas”³.

Es de esta situación que nace un esfuerzo serio de estabilización que se materializa hacia fines de 1955 en la contratación de la empresa consultora estadounidense Klein-Saks, lo que dio origen a un programa comprensivo que intentaba atacar la inflación desde dos ángulos: por un lado, enfrentando las fuentes de emisión monetaria, y por otro, eliminando distorsiones groseras en el sistema de precios. Lo primero contenía propuestas para disminuir gastos del Estado, aumentar tributos y racionalizar la administración pública, con el fin de reducir la presión del déficit fiscal sobre la oferta de dinero, al tiempo que proponía también limitar la expansión del crédito al sector privado, tanto directo como por parte de la banca. Lo segundo proponía eliminar los reajustes automáticos de remuneraciones, reducir gradualmente controles administrativos de precios y adoptar un régimen único de flotación cambiaria (en lugar del esquema de tipos de cambio múltiples que prevalecía hasta entonces). Con este programa, la Misión Klein-Saks (como se le conoció oficialmente) pretendía alcanzar la estabilidad de precios en un lapso de tres a cuatro años. La realidad diría otra cosa.

Si bien la inflación se redujo en forma considerable hacia 1957 (17,2%), en los dos años siguientes escaló rápidamente a cifras por encima de 30% anual. Gran parte del fracaso del esfuerzo estabilizador radica en que varias de las propuestas de la Misión no fueron implementadas. Ni las medidas fiscales fueron suficientes para controlar definitivamente el déficit de ese sector, ni la expansión del crédito directo al sector privado por parte del Banco Central pudo ser efectivamente contenida⁴. Además, varias de

² Ffrench-Davis (1973), p. 23.

³ *Ibíd.*, p. 25.

⁴ Según consigna Ffrench-Davis (1973), una de las propuestas de la Misión era cambiar la composición del directorio del Banco Central, para restar influencia al sector privado. Esa propuesta, entre otras varias, no se llevó a cabo.

las recomendaciones en otras áreas que buscaban una mayor liberalización de los mercados tampoco fueron puestas en práctica.

El descrédito del programa de la Misión Klein-Saks llevó a que el siguiente plan de estabilización, implementado por la administración de Jorge Alessandri a partir de 1959, innovara en un aspecto central y llamativo: la política cambiaria. En efecto, se optó en este terreno por una solución diametralmente opuesta a la anterior, cual fue la fijación cambiaria (reforzada comunicacionalmente con el reemplazo del peso por el escudo y la equivalencia de un escudo, un dólar). A ello se agregó (también como algo novedoso) el financiamiento del déficit fiscal (principalmente motivado por incrementos en la inversión pública) por medio de créditos externos en lugar de endeudamiento interno con el Banco Central, y un marco de incentivos tributarios a la inversión extranjera directa. Se recogió del programa anterior, en cambio, una fuerte desregulación del comercio exterior.

El aparente éxito inicial del programa de Alessandri fue notable. La inflación se redujo desde 33,2% en 1959 a sólo 5,5% en 1960 y, aunque subió nuevamente en 1961, se mantuvo en cifras de un dígito. Sin embargo, el plan probó ser insostenible. En primer término, el déficit fiscal aumentó considerablemente hacia 1961, financiado mayormente con préstamos desde el exterior. Este mayor influjo de capitales externos contribuyó a una apreciación real del escudo del orden de 20% en tres años y a un fuerte déficit en la cuenta corriente de la balanza de pagos (55% del total exportado en 1961). La significativa pérdida de reservas internacionales verificada hacia fines de ese año que siguió a una reversión en los flujos de capitales al país, provocaron una serie de crisis de balanza de pagos que llevó primero a la reimposición de variados controles al comercio exterior y, unos meses después (agosto de 1962), al abandono de la paridad cambiaria uno a uno y a una seguidilla de devaluaciones. La imposibilidad de seguir financiando el déficit fiscal con créditos externos forzó al gobierno a recurrir nuevamente al endeudamiento con el Banco Central, con el consiguiente impacto en la tasa de expansión monetaria. Al final de la administración Alessandri, y olvidado ya el esfuerzo estabilizador, la inflación campeaba en cifras por sobre el 40% anual.

La administración de Eduardo Frei Montalva, iniciada hacia fines de 1964, tuvo propósitos bastante ambiciosos en varios frentes de las políticas públicas, a partir de un diagnóstico esencialmente heterodoxo que ponía el acento en problemas supuestamente estructurales vinculados, entre otros aspectos, a la mala distribución de la riqueza y el ingreso. En este contexto, no es raro que la estabilización de precios no fuera un objetivo prioritario, sino uno que se alcanzaría al mismo ritmo que se implementa-

ban otras reformas “estructurales” que permitieran simultáneamente mejorar el crecimiento económico y la distribución del ingreso.

Esto no impidió, sin embargo, que el gobierno se planteara una reducción gradual de la inflación, con objetivos para la misma de 25, 15 y 10% en los tres primeros años respectivamente. Aunque esta propuesta parece similar en cierto modo a lo que años más tarde se conocería como el esquema de metas de inflación, el modelo subyacente de la economía para programar las políticas macroeconómicas y, sobre todo, la falta de prioridad otorgada a la lucha antiinflacionaria, hicieron que en la práctica lo aplicado por la administración Frei Montalva fuese muy diferente de un esquema de metas de inflación, tal y cual lo conocemos en la actualidad.

El “modelo” aludido distinguía entre presiones de costos (salarios, tipo de cambio, productividad) y de demanda. Habría que agregar que un conjunto importante de los precios al consumidor estaban directamente regulados por el gobierno. Con todo, se pretendía influir sobre la demanda agregada, de modo que se respetaran estrictamente las presiones de costos.

Al igual que los dos programas anteriores ya comentados, el del gobierno de Frei Montalva tuvo un cierto éxito inicial. La tasa de inflación anual se redujo desde 43% en 1964 a 19,9% a fines de 1966. Pero también, al igual que los dos programas anteriores, el éxito fue efímero: la inflación comenzó a subir en 1967 y, al concluir su período, el gobierno democrata-cristiano legaba a su sucesor y al país una inflación por encima de 35% anual.

Según Ricardo Ffrench-Davis, los dos grandes problemas que conspiraron contra el éxito de este programa fueron los fuertes aumentos en las remuneraciones reales, que resultaron de un mayor poder de negociación de los trabajadores organizados, y la ausencia de un aumento apreciable en el ahorro nacional. Si bien es cierto que las reformas tributarias llevadas a cabo y también el extraordinariamente alto precio del cobre entre 1965 y 1969 ayudaron a reducir notoriamente el déficit fiscal heredado de la administración anterior, la política monetaria tuvo en promedio un fuerte sesgo expansivo en el período. Las fuentes de emisión más importantes fueron las operaciones de cambio (acumulación de reservas internacionales) y las operaciones con la banca comercial. Al final, es probable que el gobierno, ciertamente débil en cuanto a apoyo político, haya quedado preso de su política de administrar la demanda agregada con el fin de validar las presiones de costos. Es más, hizo todo lo posible por incorporar mecanismos de defensa para todos los afectados por la inflación: indizó los impuestos, promovió reajustes salariales con un piso de 100% de la inflación pasada, introdujo la indización de varios instrumentos financieros e implementó

una política cambiaria de tipo de cambio reptante, según un esquema de paridad de poder de compra. Fue un gobierno que creía en la gradualidad para reducir la inflación con el propósito de no provocar innecesarios costos reales, pero que implementó diversas políticas que terminaron por inducir una gran inercia a la propia inflación.

En cuanto a política macroeconómica, la administración de Salvador Allende se puede decir que sintetizó todo los vicios y errores de los cuatro gobiernos anteriores en una mezcla que probó ser completamente explosiva. Por ejemplo, en política cambiaria, adoptó un esquema de tipos de cambio múltiples con serias distorsiones, con el objeto, entre otros, de que los precios de productos de primera necesidad importados no subieran demasiado y “proteger” así a los sectores más pobres, en una línea ya explorada por Carlos Ibáñez. En materia de diagnóstico, tomó algunos elementos de la experiencia democratacristiana para enfatizar problemas relacionados con la estructura de propiedad de la riqueza y con la importancia de los “monopolios” en la fijación de precios “abusivos”. Extremó el desdén inicial de la administración Alessandri por el déficit fiscal, en una visión ampliamente populista. También usó con intensidad la fijación de precios al consumidor como una herramienta efectista de contener la inflación. Como resultado de la represión administrativa de precios y del tipo de cambio, la inflación efectivamente disminuyó en el primer año del gobierno de Allende (1971), desde 34,9% un año antes hasta 22,1%, al menos según la medición habitual del IPC. Pero nada más. Ya en 1972 la inflación superaba el 160% y en 1973 el país estaba prácticamente sufriendo una hiperinflación: la inflación según el IPC oficial alcanzó 508,1%, pero indicadores alternativos y posteriores, que consideran también los precios en los mercados negros, elevan esa cifra hasta casi 1.000%.

En términos simples, el programa económico de la Unidad Popular casi no ponía acento en la estabilidad de precios. La inflación, se postulaba, era simplemente el resultado de la especulación de los privados, dado que se contaba con una amplia capacidad instalada ociosa que no justificaba los aumentos de precios. Por tanto, el expediente más efectivo para controlar el alza de los precios al consumidor era fijar estrictamente esos precios (y eventualmente congelarlos), lo cual se apoyaba además en un tipo de cambio fijo para las importaciones de bienes de primera necesidad. La expansión del gasto público (resultado, entre otras razones, de los sustanciales incrementos de los salarios del sector público y del empleo en ese sector) se pensaba que pronto podría financiarse con el aumento en la recaudación de recursos tributarios por una mayor actividad económica y por los excedentes del cobre, luego de la nacionalización de esa industria.

La realidad demostró ser mucho más dura que lo planteado por estos postulados populistas y algo ingenuos. La actividad económica sucumbió ante las profundas distorsiones de precios y falta de respeto al derecho de propiedad que caracterizaron al gobierno de la Unidad Popular. El impulso de demanda agregada se mantuvo hasta el final, a pesar de que la oferta de bienes caía sustantivamente. En ese contexto, con un tipo de cambio absolutamente disparado en el mercado negro, y con una tasa de expansión monetaria que intentaba con desesperación mantener algún grado de señoreaje, no es extraño que la inflación haya alcanzado niveles próximos a una hiperinflación.

Al gobierno militar que depuso a Allende le cupo la tarea de corregir el caos en la administración económica que imperaba hacia fines de 1973. Lo que en un principio parecía encaminado a volver al estado de cosas de fines de los sesenta (esto es, responsabilidad fiscal pero manteniendo controles de precios, un grado importante de represión financiera, empresas en manos del Estado y una economía básicamente cerrada al comercio internacional), hacia comienzos de 1975 se transformó en un programa muy agresivo de liberalización de la economía, rápida integración comercial en el resto del mundo y apertura de espacios a la inversión privada. Más importante aún, frente a una sustancial caída en los términos de intercambio en 1975 y ante la perspectiva de un descontrolado déficit fiscal, la administración militar recortó en 25% el gasto público en un año (con las consecuentes secuelas en el empleo y la misma actividad económica en el corto plazo) y ya en 1976 había eliminado el déficit.

En materia de inflación, el gobierno militar se propuso en un comienzo una disminución gradual de la inflación, con el objetivo de reducir cada año la tasa a la mitad de la del año anterior. Esto se consiguió casi matemáticamente hasta 1978, pero ese año aún la inflación superaba el 30% anual⁵. Las autoridades económicas decidieron dar un paso más drástico: en un contexto en que ya no había déficit fiscal ni emisión monetaria para financiarlo, la inflación seguía una inercia que, a juicio de esas autoridades, sólo la adopción de un ancla nominal efectiva podía romper. Así, en junio de 1979 se fijó el tipo de cambio (que ya era único a esas alturas) en \$ 39 por dólar, para un horizonte indefinido. Veinte años después se reeditaba el experimento de Alessandri, pero con la confianza, esta vez, de que no se cometerían los errores de entonces para evitar el colapso. En particular, se atribuía el fracaso del programa de Alessandri a la fuerte

⁵ La inflación a diciembre fue, según el IPC del INE, 30,3%. Sin embargo, una investigación posterior encontró que esa cifra subestimaba la verdadera inflación en ocho puntos porcentuales. Ver Cortázar y Marshall (1980).

expansión y déficit fiscales de esos años, aspecto que esta vez se suponía estaba plenamente bajo control. Es más, en 1980 hubo un superávit fiscal de magnitud sin precedentes (5,4% del PIB).

La fijación del cambio, al igual que en 1960, trajo una inflación mucho más reducida en un plazo relativamente breve (en 1981, la tasa anual había disminuido a 9,5%), pero, como en todos los esfuerzos estabilizadores del pasado, una vez más el éxito sería de corta duración. En junio de 1982, luego de que se hizo insostenible la presión sobre el peso como consecuencia de un inevitable ajuste del tipo de cambio real que pedía a gritos la economía para enfrentar una seria crisis de balanza de pagos, la autoridad devaluó la moneda local en 20%. A esta devaluación siguieron otras y un breve período de flotación, todo lo cual condujo a una depreciación en un lapso de tres meses de casi 90%. Veinte años después, a pesar de estar ausente la presión de un abultado déficit fiscal, tuvo lugar el mismo resultado de crisis de balanza de pagos y fuerte devaluación. Al igual que en el primer experimento, la inflación volvió a subir, aunque en este caso lo hizo más moderadamente (se duplicó en vez de triplicarse), lo que probablemente se debió a dos razones: a) la economía sufrió una severísima recesión (el PIB cayó 15% entre 1982 y 1983), acompañada de una profunda crisis financiera; y b) el fuerte déficit fiscal inducido por la caída en la actividad económica fue escasamente monetizado.

Lo que vino después, en lo quedaba de la década de los ochenta, fue un esfuerzo de parte de las autoridades por poner de pie a la economía, recuperar lo perdido en el bienio 82-83, sanear el aporreado sector financiero, recuperar el acceso al financiamiento externo y volver a crecer sobre la base de una economía que había sido liberalizada pocos años antes. En ese contexto, la pretensión respecto de la inflación era simplemente mantenerla bajo control, pero en ningún caso abatirla, lo cual, a ojos de las autoridades, habría implicado sacrificar alguno de los otros objetivos ya mencionados, claramente más prioritarios. Como resultado, la inflación en el período 82-90 promedió el 20% anual, lejos de la estabilidad de precios que persiguió en su momento la fijación del cambio, pero tampoco nada descontrolado. Como dato importante, es necesario consignar que los déficit fiscales abiertos y encubiertos (a través del Banco Central) fueron íntegramente financiados con emisión de deuda, gran parte de ella dentro del país, tanto por parte de la Tesorería como por parte del Banco Central. El creciente ahorro institucional (previsional) inaugurado con la reforma del sistema de pensiones en 1981 facilitó esta situación.

Hacia fines de la década, y en medio de la transición política que siguió al plebiscito de 1988, se instauró la autonomía del Banco Central por medio de una ley de quórum especial y se dispuso el nombramiento del primer Consejo. Sus cinco miembros fueron escogidos respetando el equilibrio político entre el gobierno saliente y la administración entrante. Más importante aún, desde el comienzo quedó claro que el nuevo Banco Central, independiente y poderoso, orientaría su acción en forma prioritaria a reducir sistemáticamente la inflación para acercarla a niveles semejantes a los observados en las economías desarrolladas. Como primera prueba de esto, y en una situación en la que la inflación amenazaba con alcanzar el 30% anual en 1990, la primera decisión del Consejo fue hacer sustancialmente más contractiva la política monetaria (elevó la tasa de referencia desde 6,8% anual, indizada, hasta 8,7% anual en diciembre de 1989).

Un aspecto que resultaría novedoso y a la vez gravitante en el éxito del programa de estabilización que se iniciaba con la autonomía del Banco Central fue la fijación de metas explícitas de inflación. La primera meta fue anunciada en septiembre de 1990 para el año siguiente y de ahí en adelante, y hasta la actualidad, la meta (y la consecución de la misma) ha sido la piedra angular de la política monetaria. Como se señala en Morandé (2001), este procedimiento de metas de inflación explícitas y tomadas en serio es probable que haya sido adoptado por una mezcla de accidente, necesidad, falta de alternativas y una visión de más largo plazo de la política monetaria⁶. Lo accidental resulta de la obligación establecida por la ley orgánica del Banco Central de informar al Senado y a la opinión pública una vez al año sobre su visión de la economía y las políticas implementadas por el ente monetario. Como el acento de la ley está puesto en la estabilidad de precios, resultó natural en su momento comprometerse con un objetivo cuantitativo respecto de la inflación. La necesidad se refiere a la señal que el Banco Central quiso dar de preocupación y control de la situación en un momento (1989-90) en que había fuertes presiones inflacionarias. La falta de alternativas disponibles fue también evidente en el momento que los experimentos estabilizadores que usaban un tipo de cambio fijo no habían tenido éxito en el pasado. Finalmente, Morandé (2001) argumenta que la temprana adopción de metas de inflación también obedeció al intento explícito por influir en las expectativas de inflación y, de ese modo, disminuir la magnitud de los extendidos mecanismos de indización y reducir consecuentemente el costo de estabilizar.

⁶ Es de notar que el esquema de administración monetaria conocido como “metas de inflación” (*inflation targeting*) es hoy tremendamente popular en el mundo y nuestro país se sitúa entre los pioneros en implementarlo. Para una referencia reciente al respecto, véase Cohen, González y Powel (2003) y Schmidt-Hebbel y Werner (2002).

Un aspecto central en la aplicación de este esquema monetario en Chile ha sido que, en una primera etapa, que duró hasta 1999, se le utilizó como una herramienta para reducir gradualmente la inflación. En efecto, año a año se postulaba una meta más exigente que la del año anterior, pero nunca tan exigente como para reducir drásticamente la inflación en uno o dos años a los niveles que se pretendía alcanzar con el tiempo. El otro aspecto relevante es que la meta de inflación siempre fue, de lejos, el objetivo prioritario del Banco Central. A estos factores de éxito se agrega que la política fiscal en todo el período fue conservadora (es más, siempre mostró superávits) y que el contexto internacional y el fuerte crecimiento del país facilitaron una significativa apreciación real del peso. Como resultado de todo ello, la inflación se redujo en nueve años desde casi el 30% que arrancó en 1990 hasta cifras cercanas a 3% anual en 1999, situación que se ha mantenido hasta la actualidad. Aparentemente, esta vez sí ha habido éxito definitivo.

3. Algunas hipótesis en torno a la conquista de la inflación

Esta sección plantea un conjunto de hipótesis para interpretar lo que ha sido la larga lucha de la sociedad chilena por controlar la inflación y conseguir la estabilidad de precios. Seguramente no es una lista completa y exhaustiva, pero contiene los elementos probablemente más salientes del proceso.

3.1. La inflación cuenta con una clara raíz fiscal, pero desde 1976 tiene vida propia (sin déficit fiscal)

La historia económica que se aprendía en las universidades chilenas entre los años sesenta y ochenta ponía el acento en la base fiscal de la inflación en Chile. La idea es simple: por diversas razones político-sociales, las distintas administraciones sucumbían ante la presión por aumentar el gasto fiscal, para lo cual no se disponía de ingresos tributarios suficientes. El déficit generado era difícil de financiar emitiendo deuda pública por lo reducido de los mercados de capitales internos y el bajo ahorro privado, y se contaba con un acceso limitado a créditos externos para este propósito. Al final, se recurría al financiamiento del Banco Central, el que se veía forzado a emitir dinero para estos propósitos, alimentando la inflación. El señoreaje por crecimiento se transformaba así en impuesto inflación.

Si se mira la trayectoria del déficit fiscal (Gráfico N° 2a) y la tasa de cambio del dinero (Gráfico N° 2b) y se recuerda la trayectoria de la tasa de inflación del Gráfico N° 1, la anterior parece una historia coherente hasta mediados de los años setenta. Sin embargo, desde 1976 en adelante prevalecen más bien superávits fiscales en lugar de déficits, y sin embargo la tasa de expansión monetaria mantiene niveles relativamente elevados y la inflación no baja a cifras de un dígito sino hasta 1995.

GRÁFICO N° 2a: DÉFICIT FISCAL COMO PORCENTAJE DEL PIB

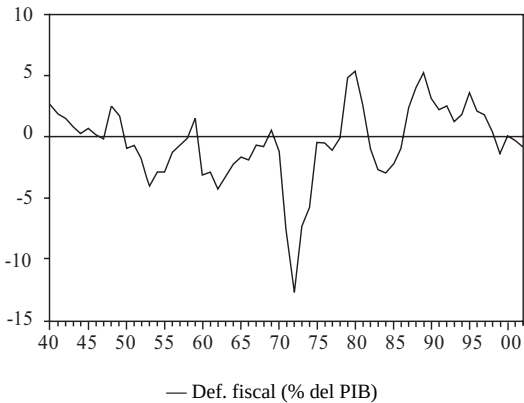
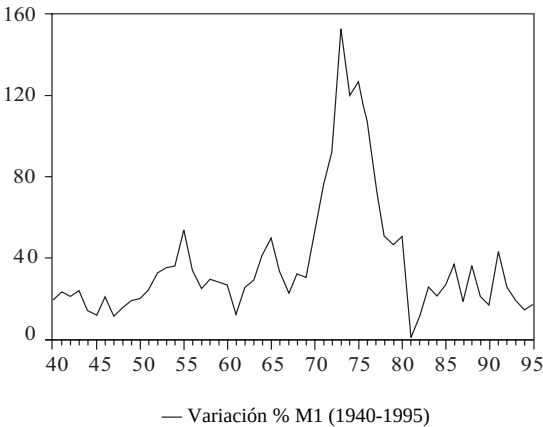


GRÁFICO N° 2b: VARIACIÓN ANUAL DE M1



Fuente: Braun *et al.* (1940-1995) - DIPRES (1996-2002).

Aunque un modelo macroeconómico estándar, del tipo keynesiano, contiene canales de transmisión directos desde el gasto fiscal a la inflación (vía demanda agregada), la historia chilena de déficits fiscales financiados con emisión le da soporte a una visión más monetarista de la inflación, al menos para un tramo importante del período considerado. Puesto de otra forma, es interesante ver la importancia de la política fiscal sobre la inflación a través del efecto de los déficits fiscales sobre la emisión monetaria. Por esta razón, el primer paso es verificar la relación empírica entre el crecimiento del dinero y el de los precios para todo el período de la muestra (datos anuales, 1940-2002). Los resultados de una regresión directa entre ambas variables (con la inflación al lado izquierdo), o de una regresión que apela a variables instrumentales para el crecimiento del dinero señalan una sensibilidad muy grande (elasticidad mayor que 2) de la inflación con respecto al crecimiento del dinero, incluso en el largo plazo (ver Anexos para más detalles). Esto último no parece plausible desde un punto de vista teórico, en virtud del cual debiera existir una relación homogénea de grado uno entre dinero y precios en el largo plazo. De este modo, este resultado nos lleva a pensar que tal vez no exista un único patrón de comportamiento entre estas variables en los últimos sesenta años en Chile y que, de verdad, pudo haber uno o más cambios estructurales en la relación entre dinero y precios.

Por esta razón, hicimos una búsqueda secuencial de ese (o esos) cambio(s) estructural(es) utilizando una metodología de Hansen (2001)⁷. Esta búsqueda arrojó la expresión gráfica respecto de la estabilidad de la desviación estándar de los parámetros y de la estabilidad del parámetro mismo que vincula la inflación con el crecimiento del dinero que indican los gráficos N° 3a y N° 3b, respectivamente:

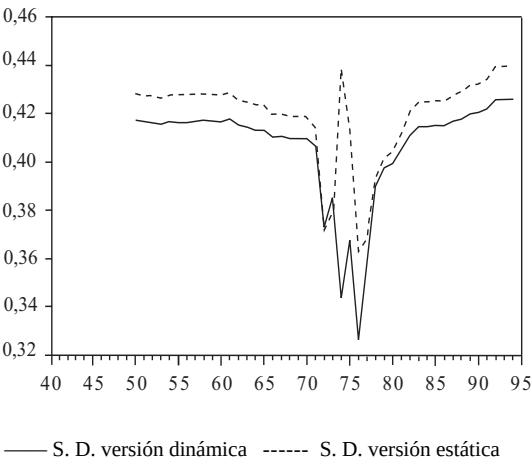
⁷ Se trata de permitir un cambio endógeno, ya sea en niveles o en la tendencia, en aquel período que minimiza la suma de los errores al cuadrado. Para ello utilizaremos las siguientes especificaciones:

$$\pi_t = (\alpha + \alpha_i) + (\beta + \beta_i) m_t + \gamma \pi_{t-1} + \varepsilon_t$$

donde $(\alpha_i, \beta_i)_t = \{(0, 0) \ \forall t < i \text{ y } (\bar{\alpha}, \bar{\beta}) \ \forall t \geq i\}$,

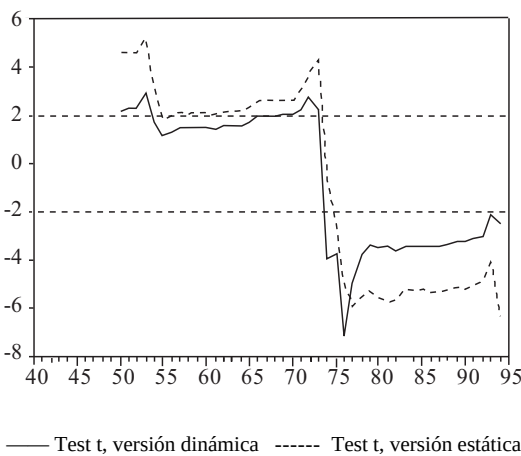
es decir, permiten un quiebre estructural a partir del año i en el nivel y/o en la tendencia. Para obtener un número aceptable de observaciones en cada subperíodo, sólo se consideran quiebres entre 1950 y 1985. Esta ecuación dinámica puede tener una versión estática si se impone $\gamma = 0$.

GRÁFICO N° 3a: MODELO DE HANSEN: ESTABILIDAD DE LA DESVIACIÓN ESTÁNDAR DE LOS PARÁMETROS



Por otro lado obtenemos el siguiente gráfico de test t para el coeficiente de β_i para cada quiebre:

GRÁFICO N° 3b: ESTABILIDAD DEL PARÁMETRO β , QUE RELACIONA INFLACIÓN CON DINERO



En ambos gráficos (N° 3a y 3b) los datos son consistentes en apoyar la no estabilidad de los parámetros, y por lo tanto aquel episodio de quiebre que mejor ajusta a los datos es el año 1976.

De esta forma la ecuación con quiebre estructural en 1976 a estimar será:

$$\pi_t = (\alpha + \alpha_{1976}) + (\beta + \beta_{1976}) m_t + \gamma \pi_{t-1} + \varepsilon_t \tag{1}$$

$$\text{con } (\alpha_{76}, \beta_{76})_t = \{(0, 0) \ \forall t < 1976 \text{ y } (\bar{\alpha}, \bar{\beta}) \ \forall t \geq 1976\}$$

El modelamiento implica que la relación entre la tasa de creación de dinero y la inflación está representada por β en el período previo a 1976 y por la suma de los coeficientes $[\beta + \beta_{1976}]$ para el período posterior a 1976.

Las estimaciones permitiendo el mencionado quiebre son las siguientes:

TABLA N° 1*: INFLACIÓN Y EXPANSIÓN MONETARIA CON QUIEBRE ESTRUCTURAL EN 1976

Var. Dep. inflación (1940-1995)	Versión estática	Versión dinámica
α	-0,59 (0,13)	-0,49 (0,16)
α_{1976}	0,47 (0,14)	0,51 (0,12)
β	3,08 (0,36)	2,43 (0,57)
β_{1976}	-1,82 (0,36)	-1,98 (0,27)
γ		0,29 (0,12)

* Debajo de cada coeficiente se detalla la desviación estándar corregida por la matriz HAC de Newey-West (3 rezagos).

Estas especificaciones siguen obteniendo elasticidades emisión-inflación mayores que uno para el período pre 1976, pero posterior a 1976 no se rechaza la nula de homogeneidad de grado uno entre dinero y precios en la versión estática ni en la dinámica⁸.

⁸ Es decir, no se rechaza $H_0: (\beta + \beta_{1976}) = 1$ en la versión estática; ni tampoco se rechaza en la versión dinámica $H_0: [(\beta + \beta_{1976}) / (1- \gamma)] = 1$

Algo muy similar se obtiene cuando se explora la relación entre el déficit fiscal y la emisión monetaria, esto es, nuevamente se aprecia un quiebre estructural en 1976 (utilizando la misma metodología empírica del caso anterior) y nuevamente el tamaño de la respuesta después de 1976 (esta vez de la emisión frente a un cambio en el déficit fiscal) disminuye ostensiblemente. En este caso, la ecuación estimada fue:

$$m_t = (\alpha + \alpha_i) + (\lambda + \lambda_i) df_t + \gamma m_{t-1} + \varepsilon_t \tag{2}$$

donde $(\alpha_i, \lambda_i)_t = \{(0, 0) \ \forall t < i \text{ y } (\bar{\alpha}, \bar{\lambda}) \ \forall t \geq i\}$

La estimación, suponiendo un quiebre estructural en 1976, es lo que muestra la Tabla N° 2. Para efectos de la variable déficit fiscal, se ha usado sobre la misma la información recopilada por Braun *et al.* (2000), la que sólo está disponible hasta 1995.

TABLA N° 2*: EXPANSIÓN MONETARIA Y DÉFICIT FISCAL CON QUIEBRE EN 1976

Var. dependiente DM1	(1940-1995)
α	0,07 (0,02)
λ	-3,11 (0,64)
λ_{1976}	-2,32 (0,90)
γ	0,74 (0,06)

* Debajo de cada coeficiente se detalla la desviación estándar corregida por la matriz HAC de Newey-West (3 rezagos).

Los resultados reportados no permiten rechazar la hipótesis nula de que posteriormente a 1976 el comportamiento fiscal no tiene significancia estadística para la tasa de emisión del dinero, es decir, no se rechaza $H_0: [(\lambda + \lambda_{1976}) / (1- \gamma)] = 0$ a los niveles de significancia usuales. Ello significa que los superávits fiscales posteriores a 1976 no son los determinantes o causales últimos en las reducciones en la tasa de emisión del dinero y, junto con esto, de la tasa de inflación.

Si dividimos la muestra en dos y nos concentramos en el período 1940-1976, advertimos que en él existe una gran sensibilidad de la emisión monetaria frente al déficit fiscal. En efecto, el resultado econométrico indica:

$$m_t = 0,05 - 2,57df_t + 0,83m_{t-1}$$

(0,02) (0,63) (0,05)

(3)

La búsqueda de parámetros que se acerquen a la relación homogénea de grado uno nos llevó a probar diversas alternativas de medición de déficit fiscal y métodos de estimación, pero no se obtuvieron grandes cambios en los parámetros estimados. Por lo tanto, en la submuestra 1940-1976 existe alguna otra variable que explica por qué la tasa de emisión se ve amplificada en la tasa de inflación. ¿Cuán sensibles son las estimaciones a las observaciones de los años 1971-1976? Una posible explicación a la relación dinero-inflación encontrada puede estar en la inclusión de años “atípicos”, como el período de principios de los setenta.

Eliminando los años inflacionarios que pueden ser considerados como “anormales” (1971-1976), se obtienen los resultados resumidos en la Tabla N° 3 para la relación entre inflación y emisión, por un lado, y entre emisión y déficit fiscal, por otro:

TABLA N° 3*: INFLACIÓN, EMISIÓN Y DÉFICIT FISCAL

Impactos de largo plazo**	$\frac{\partial \pi_t}{\partial m_t}$	$\frac{\partial m_t}{\partial df_t}$	$\frac{\partial \pi_t}{\partial df_t}$	
Usando Df*	1,02	-3,3	-3,4	
Usando Df2*	1,01	-2,4	-2,5	
Usando Df3*		1,01	-3,8	-3,8

* Las distintas definiciones de déficit fiscal se explican en los Anexos.

** Los efectos están basados en la siguiente estructura $\pi_t = \theta_1 + \theta_2 m_t + \theta_3 \pi_{t-1} + \varepsilon_t$, donde $m_t = \alpha + \beta df_t + \gamma m_{t-1}$ y por lo tanto los impactos de largo plazo son: desde la tasa de emisión de dinero en inflación $\left[\frac{\theta_2}{1-\theta_3} \right]$, desde déficit fiscal en tasa de emisión de dinero es $\left[\frac{\beta}{1-\gamma} \right]$, desde déficit fiscal en inflación es $\left[\frac{\beta}{1-\gamma} \right] \left[\frac{\theta_2}{1-\theta_3} \right]$.

Como se aprecia, sin los años “raros” de 1971 a 1973, se recupera la relación esperada entre tasa de emisión del dinero e inflación. Asimismo, el impacto del déficit fiscal sobre la emisión se reduce hasta 3% y su efecto estimado sobre la inflación también se reduce.

Si se expande la muestra hasta el año 1976, se estiman elasticidades desde el cambio porcentual del dinero sobre la tasa de inflación cercanas a 3%. Es decir, en el período 1971-1976 el impacto de la tasa de emisión está amplificado en la inflación. También la relación entre déficit fiscal y emisión de M1 cambia su rango, desde una elasticidad de entre 6% y 15% hasta una elasticidad de 3%, es decir, la injerencia de la política fiscal sobre la emisión de dinero en los años previos a 1970 es bastante menor que en los cinco primeros años de la década de los 70. Consecuentemente, las elasticidades de impacto del déficit fiscal sobre inflación son mayores en el período que incluye al tramo 1971-1976 (mayores que 20%) en comparación con el sub-período 1940-1970 (cercana a 3%).

3.2. La reducción extremadamente gradual de la inflación desde 1975 hasta 1999 es una respuesta de política frente al temor a la inercia inflacionaria

Si la inflación en Chile desde 1940 hasta 1975-76 se explica fundamentalmente, en cuanto a su tendencia de largo plazo, como resultado de la expansión monetaria generada por las necesidades de financiamiento fiscal, entonces ¿por qué el país tardó casi veinticinco años en abatir la inflación desde 1975, después de haber sido superado el problema fiscal?

La respuesta más simple es señalar que la política monetaria implementada en los esfuerzos de estabilización posteriores a 1975 ha estado mayormente orientada a generar una reducción sólo gradual de la inflación. La gradualidad ha estado presente desde antes, sin embargo. Es un hecho que todos los programas de estabilización aplicados desde los años cuarenta han buscado reducir la inflación en forma relativamente gradual, pero claramente unos programas han sido más graduales que otros. La importancia de la gradualidad ha dependido del tipo de ancla nominal escogido para conseguir el objetivo de reducir la inflación, del punto de partida (cuán alta es la inflación al inicio del programa), de la prioridad que se le asigna a la inflación como problema, y del diagnóstico respecto de la supuesta tasa de sacrificio a pagar (en términos de empleo y producto) por aplicar el programa de estabilización. La magnitud de esta tasa de sacrificio (la mayor parte del tiempo, implícita antes que medida) es clave para explicar también el

ancla escogida y la prioridad asignada. Por lo general, se ha supuesto que el sacrificio o costo de la estabilización es creciente mientras mayor sea el grado de inercia que presenta la inflación. Entonces, al final, la inflación no es un problema de origen sólo fiscal, sino que también de origen monetario “puro”, en la medida en que la política monetaria se ha usado con el propósito de conseguir el objetivo inflacionario con el menor “daño” real posible.

En las casi tres décadas que median entre 1975 y la actualidad, Chile ha tenido al menos cuatro ejercicios de estabilización: 1975-78, 1979-82, 1982-89 y 1990-2003. De éstos, dos han tenido anclas nominales explícitas, el de 1979-82, con un ancla cambiaria; y el de 1990 hasta hoy, con el ancla en la meta de inflación. No es extraño que sea en estos dos últimos casos cuando la inflación estuvo también alta en las prioridades de las respectivas instituciones a cargo. Sin embargo, la evaluación del costo de reducir rápidamente la inflación (desde tasas iniciales similares, 30% anual en 1978, 27% en 1990) difirió en ambos casos. La apuesta de la autoridad cuando fijó el cambio en \$ 39 por dólar en julio de 1979 fue conseguir que la inflación estuviese en cifras de un dígito a la vuelta de un año. En cambio, la apuesta del Banco Central en 1990 fue reducir la inflación hasta niveles internacionales muy gradualmente, en varios años.

El ejercicio de 1975-78 tenía un ancla implícita en el objetivo de ir reduciendo la inflación a la mitad del año anterior sucesivamente, partiendo desde 340,7% en 1975. Es llamativo que la opción en este caso no haya sido la de aplicar un plan más drástico en materia de reducir la inflación, considerando que el gobierno militar, autoritario al final de cuentas, tenía los resortes políticos para hacerlo. Es decir, puesto que efectivamente estaba cortando el déficit fiscal como fuente de emisión, podría haber anclado la inflación más rápidamente “congelando” precios clave, como los salarios del sector público (y, por extensión, influido sobre los del sector privado) y el tipo de cambio. ¿Qué lo impidió?

Según los recuentos de la época, la respuesta es que fue una combinación de elementos. Por ejemplo: a) en un principio (1975-76) se trató de compensar la protección que perdía la producción nacional como resultado del proceso en marcha de desgravación arancelaria con devaluaciones del tipo de cambio más allá de la inflación interna, por lo que congelar el tipo de cambio no parecía factible; b) no se tenía una idea de cuáles eran los precios nominales de “equilibrio”, como para haber congelado salarios y tipo de cambio, en un contexto de una economía que estaba en proceso de iniciar grandes reformas estructurales liberalizadoras (entre otras, la liberalización de los precios fijados por la autoridad, la apertura al comercio

exterior, la desregulación financiera, el retorno de empresas al sector privado); c) en el ámbito monetario, si bien se había eliminado la fuente fiscal de emisión, tanto la desregulación financiera como la normalización en la administración de la política monetaria hacían prever un aumento relevante en el crédito bancario al sector privado, de modo que eso podría llevar a una presión inflacionaria que hiciera peligroso fijar precios nominales, como salarios y tipo de cambio; y d) existía ya una tradición de indización de salarios e instrumentos financieros que de por sí generaba un grado de inercia inflacionaria⁹.

Se podría agregar también un argumento más en el terreno de las ideas. No existía todavía, en la mente de los economistas criollos, pleno conocimiento del concepto de expectativas racionales y sus implicancias en materia de un programa de estabilización de precios. Estas implicancias iban por la vía de reconocer el éxito que habían tenido las experiencias europeas de la década del veinte en detener abruptamente hiperinflaciones más serias que la chilena en 1973-75 (como desarrolla Sargent, 1986), aplicando simultáneamente un ajuste fiscal de proporciones y fijando un ancla nominal efectiva, sin un gran costo en términos de actividad económica y empleo. Al revés, los economistas en Chile recién entrenados, muchos de ellos en Chicago, conocían la curva de Phillips ajustada por expectativas, pero suponían, como hacía Milton Friedman un poco antes, que las expectativas eran adaptativas. Esto suponía que para reducir la inflación, era menos costoso un programa gradual.

El Gráfico N° 4a muestra lo que era la relación entre inflación y desempleo a ojos de quienes miraban la información en la época. Hasta antes de la administración Allende hubo una relación predominantemente inversa que, aunque cambió diametralmente entre 1972 y 1977, pudiera haber validado la percepción antedicha de la curva de Phillips.

Como quiera que sea, existía ya una percepción de inercia inflacionaria. Sin embargo, ella no fue obstáculo para que, a partir de 1978, comenzara a ganar terreno la idea de que podía avanzarse más rápido en la reducción de la inflación si se usaba con más intensidad la política cambiaria con ese propósito. Ello estuvo avalado, entre otras, por dos razones: 1) hubo dos revaluaciones del peso, una en 1976 y otra en 1977, que tuvieron un notorio impacto en reducir las tasas de inflación mensuales, despertando la idea de que, con la rápida apertura de la economía al comercio internacional que se estaba operando, la importancia de los bienes

⁹ En 1977 se “perfeccionó” la UF, que había nacido diez años antes, y comenzó a tener una reajustabilidad diaria (en vez de mensual) según la inflación del mes anterior.

GRÁFICO N° 4a: CURVA DE PHILLIPS (1960-1970)

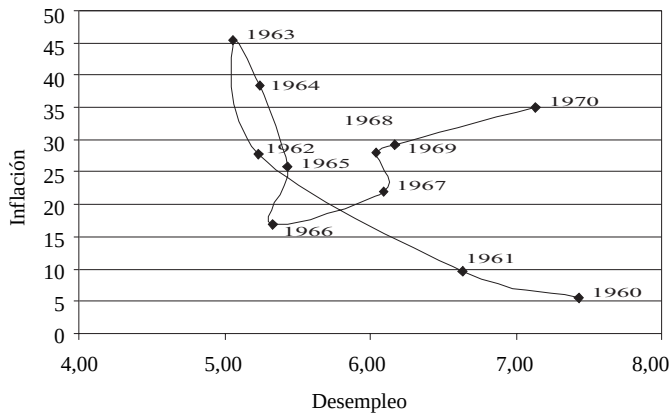
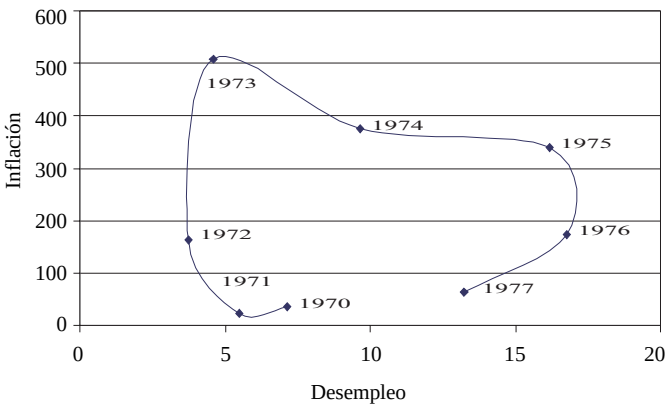


GRÁFICO N° 4b: CURVA DE PHILLIPS (1970-1977)



transables había crecido enormemente en la canasta de consumo. En cierta forma, las autoridades de pronto descubrieron que había que pensar la macro como si Chile fuera una economía abierta y no cerrada. Y 2), la entrada en boga, en el plano de las ideas, del enfoque monetario de la balanza de pagos, el que ensalzaba las propiedades estabilizadoras de un tipo de cambio fijo. La inercia inflacionaria podía ser importante, pero era susceptible de ser reducida a partir de la fijación cambiaria. Así, luego de usar un tipo de cambio reptante activo (con una tasa de devaluación prefijada)

desde febrero de 1978 hasta julio de 1979, en agosto de este último año se fijó indefinidamente el valor del dólar en \$ 39. La esperada rápida disminución de la inflación no se materializó, y ésta superó el 30% tanto en 1979 como en 1980. ¿Pesó la inercia después de todo? Algunos sostienen que sí, especialmente porque el nuevo código laboral, implementado en 1979 también, consagraba la plena indización de los salarios en los contratos privados. Otros dicen que el hecho de que la inflación interna haya sido alta y mayor que la inflación internacional revela que se estaba produciendo un importante ajuste en el tipo de cambio real coherente con la fuerte entrada de capitales que estaba teniendo lugar.

Lo concreto, sin embargo, es que quedó grabado a fuego que no era prudente un plan de reducción no gradual de la inflación, especialmente si para ello se utilizaba el tipo de cambio como ancla nominal. Se debe notar que en un importante volumen sobre inflación en Chile publicado en 1995 y que contiene una colección de artículos que presentan diversos ángulos empíricos sobre el tema¹⁰, todos los trabajos que abordan la inflación contemporánea (siete) asignan un rol relevante a la inercia inflacionaria. Es más, en algunos de esos artículos se encuentra que la serie de inflación en la década de los ochenta y principios de los noventa es exógena, frente a un conjunto de variables macro que se pueden postular como causantes de la inflación, llegándose a explicar casi enteramente por su propia inercia. Aunque este último resultado es debatible a la luz de la experiencia posterior con metas de inflación, la idea de un proceso autorregresivo para la inflación caló hondo en el programa de estabilización que se inició en 1990 con el Banco Central ya autónomo.

3.3. Las instituciones importan en la lucha contra la inflación: hay un antes y un después de la autonomía del Banco Central

Mirando el Gráfico N° 1 para la inflación, es nítida la diferencia en el comportamiento de esa variable entre antes y después de 1990, es decir, entre antes y después de la entrada en vigencia de la nueva ley orgánica del Banco Central.

Esta ley otorga autonomía al Banco Central para perseguir sus objetivos, los que son definidos con un claro énfasis en la estabilidad de precios¹¹. Con el tiempo, la autonomía fue interpretada como la facultad del

¹⁰ Morandé y Rosende (1995).

¹¹ La ley señala que el Banco Central debe velar porque se preserve el valor de la moneda, lo que se ha entendido como valor en relación a bienes y servicios (y no en relación a monedas extranjeras).

ente emisor tanto para fijarse objetivos cuantitativos precisos respecto de la inflación (metas) como para arbitrar las políticas monetarias necesarias para conseguir esas metas. Stanley Fischer llamó a la primera “independencia de objetivos” y a la segunda, “independencia de instrumentos”¹². Que un banco central sume ambas formas de independencia es bastante escaso en el mundo y demuestra que la autoridad monetaria en Chile tiene un gran poder.

Para verificar estadísticamente la hipótesis del encabezado, realizamos dos tipos de pruebas. La primera intenta encontrar un cambio estructural en algunas relaciones estadísticas clave alrededor de la fecha en que el Banco Central inició su autonomía y mandato estabilizador. La segunda compara la volatilidad en la serie de inflación en la década del ochenta en relación con la del noventa.

Respecto de la verificación del cambio estructural, se probaron diferentes combinaciones del tipo:

$$\Delta m1a_t = \alpha_0 + \alpha_1 D73 + \alpha_2 D_t^i + \alpha_3 t + \alpha_4 D_t^{i*} + \alpha_5 \Delta m1a_{t-1} + \alpha_6 [D_t^{i*} \Delta m1a_{t-1}] + \varepsilon_t \quad (4)$$

Donde $\Delta m1a_t$ es la tasa de crecimiento de M1A, $D73$ vale 1 para los atípicos años entre 1973 y 1975, D^i vale 0 hasta el año i y vale 1 posteriormente (para testear independencia del BC, los años i son 1989 y 1990) y t es una tendencia determinística. ε es el error aleatorio usual. Se utilizaron los datos anuales para los años 1940-2002.

Los resultados, con matices (véase en Anexos), revelan que hubo un quiebre estructural del nivel o tendencia de la inflación entre 1989 y 1990, momento en que se consagró la autonomía. Sin embargo, los datos también señalan que no hubo cambios significativos en la inercia de la inflación¹³.

Estos cambios se constatan tanto en el nivel de emisión de dinero (variable de decisión política que refleja la voluntad de reducir la inflación) como en el nivel de inflación, que muestra que el objetivo propuesto se alcanzó en forma paulatina.

Otra característica que cambia radicalmente entre antes y después de la autonomía del Banco Central es la volatilidad de la inflación. Esto se puede verificar analizando el orden de integración de la serie de inflación si partimos el período bajo análisis en dos, antes y después de la auto-

¹² Véase Fischer (1994).

¹³ Sólo se apoya una reducción de la inercia si es que todos los demás parámetros permanecen constantes.

GRÁFICO N° 5a: INFLACIÓN 1978-1989

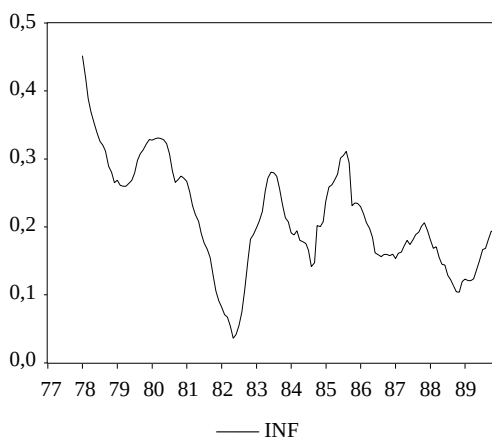


GRÁFICO N° 5b: INFLACIÓN 1990-2003



mía. En este ejercicio se encuentra que a) para el período previo a 1990, con 162 observaciones, no se rechaza la hipótesis nula de que las series sean integradas de orden uno, siendo estacionarias en primeras diferencias el nivel del índice de precios¹⁴ y la inflación anualizada¹⁵; y b) para el

¹⁴ Los tests de raíz unitaria ponen en tela de juicio la existencia de momentos incondicionales y la correspondiente “reversión a la media” de las series relacionadas con el nivel de precios de la economía chilena, lo cual implica que el intervalo de confianza para las predicciones eventualmente podría ser no acotado.

¹⁵ Para la serie del logaritmo del IPC no se rechaza la hipótesis nula de que sea estacionaria en tendencia

período posterior a 1990 se rechaza rotundamente la raíz unitaria para el nivel del IPC y para el logaritmo del IPC. Sin embargo, para la tasa de inflación anualizada los tests muestran estacionariedad en primeras diferencias al 1%, pero estacionariedad en niveles al 5%, que da cuenta de una fuerte inercia.

La aplicación de modelos ARCH y GARCH confirma cambios antes y después de la autonomía, pero en este caso para la varianza condicional de la inflación. En efecto, los resultados obtenidos en este trabajo (ver en Anexos) permiten afirmar que la varianza condicional en el período previo a la autonomía fue mayor y con mayor persistencia, en relación con el período posterior a 1990¹⁶.

Así mismo, también se confirma que una mayor volatilidad se vincula con un mayor nivel de la inflación, en línea con lo encontrado en Magendzo (1997).

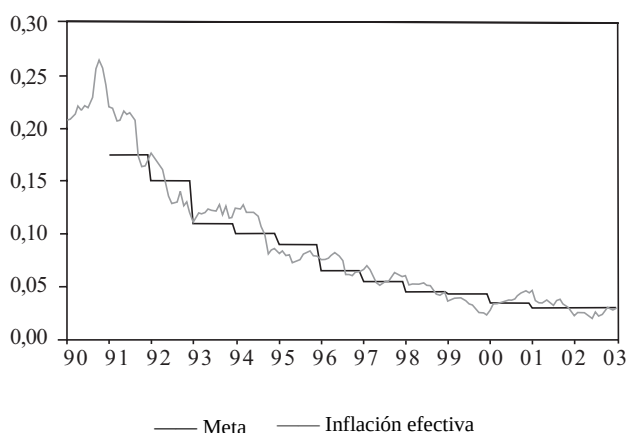
3.4. La meta de inflación es tanto un objetivo como un instrumento para reducir la inflación

El esquema monetario de metas de inflación tiene como principal propósito establecer como ancla nominal de la economía a la propia meta de inflación, en un contexto de libre flotación cambiaria. Si el esquema funciona adecuadamente, el banco central arbitra las políticas necesarias para conseguir ese objetivo y gana credibilidad en el intento; entonces no hay muchas razones para que la inflación efectiva sea distinta de la inflación meta a través del tiempo. Pero junto a lo anterior, también es relevante el punto de partida, es decir, desde qué nivel de inflación se aplica el esquema de metas. No es lo mismo implementarlo cuando la inflación efectiva está muy cercana a la meta (de mediano o largo plazo) de la autoridad, a cuando el esquema se aplica con el objeto de reducir una inflación inicialmente alta hasta llegar a una cifra aceptable como situación de régimen. En el primer caso, el propósito de que la meta de inflación sea el ancla nominal es prácticamente inmediato, debido a que el mercado ha vivido desde antes con cifras de inflación cercanas a la meta. En el segundo caso, en cambio, al banco central (y a las autoridades en general) le pesa la historia y la desconfianza del mercado y se puede dudar de la efectividad de la meta de inflación como ancla monetaria.

¹⁶ Magendzo (1997), utilizando un análisis econométrico basado en modelos ARCH y GARCH, encuentra que la varianza condicional de la inflación está condicionada por el nivel de la inflación.

La coyuntura en la cual se aplicó el esquema de metas de inflación en Chile, a comienzos de los noventa, era ciertamente del tipo del segundo caso mencionado anteriormente, que algunos han llamado de “transición” hacia un estado de régimen¹⁷. Sin embargo, también tenía dos peculiaridades importantes. La primera es que, como se señaló, hacía tiempo que no había una presión fiscal detrás de la inflación y, por tanto, ésta seguía más que nada el ritmo impuesto por la propia autoridad monetaria enfrentada a una sustancial inercia en la trayectoria de la inflación. Es más, es muy posible que la alta volatilidad de la inflación en la segunda mitad de los ochenta haya tenido mucho que ver con la ausencia de un ancla nominal importante en ese período, por lo que la implementación de una meta de inflación venía a llenar ese vacío. La segunda peculiaridad es que en 1989 se inauguró un banco central autónomo que de inmediato administró una política monetaria más restrictiva para enfrentar una creciente presión inflacionaria, lo que le permitió ganar credibilidad y reputación bastante rápido. Tal vez por esto no fue raro que el récord de cumplimiento de la meta por parte del Banco Central entre 1990 y 1999 haya sido bien notable, tal como se aprecia en el Gráfico N° 6, que muestra las trayectorias de la inflación efectiva y de la meta anual en ese período.

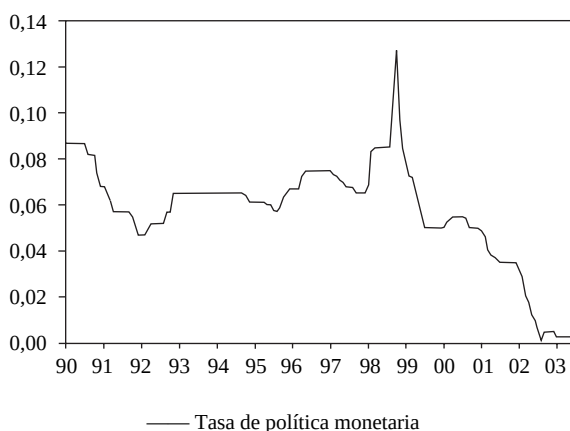
GRÁFICO N° 6: INFLACIÓN EFECTIVA VS. INFLACIÓN META



¹⁷ Véanse Mishkin y Schmidt-Hebbel (2001) y Morandé (2001).

Es de notar que este resultado se consiguió con un comportamiento no muy agresivo de la política monetaria (con excepción de 1998), lo que permite intuir el rol como instrumento de política que jugó la meta de inflación, al lado del instrumento habitual que es la cantidad de dinero (o la tasa de interés de referencia).

GRÁFICO N° 7: TASA DE INTERÉS DE POLÍTICA MONETARIA



El uso conjunto de la política monetaria tradicional con la meta de inflación como instrumento esencialmente para orientar las expectativas de inflación permite entender algunos resultados empíricos que indican una baja potencia de la política monetaria para afectar directamente a la inflación (e incluso un efecto positivo de un aumento de la tasa de interés sobre la inflación, en lo que se ha llamado un “puzzle” de precios). Este puzzle y la baja potencia de la política monetaria tienden a revertirse, en cambio, cuando se considera como la variable a explicar a la brecha entre la inflación efectiva y la inflación meta, en lugar de sólo la primera.

Por las consideraciones comentadas en una sección previa, la meta de inflación en cuanto a instrumento se usó con cautela en el sentido de que la reducción de la inflación se planteó como un proceso muy gradual: año a año, se pretendía que la inflación se redujera a una fracción relativamente elevada de la inflación efectiva del año anterior. A este respecto, Morandé (2001) desarrolla un modelo estilizado de gradualidad en la polí-

tica monetaria, en el contexto de una economía cerrada con precios trasladados y un banco central activo, que aquí se reproduce:

$$y_t = \theta (\pi_t^* - \pi_{t-1}) - \beta (r_{t-1} - r_N) + \varepsilon_t \quad (5)$$

$$\pi_t = \frac{1}{2} \pi_{t-1} + \frac{1}{2} \pi_{t+1}^e - \frac{\gamma}{2} (y_t + y_{t+1}^e) + \eta_t \quad (6)$$

$$r_t = -r_N + \phi (\pi_{t+1}^e - \pi_{t+1}^*) \quad (7)$$

$$\pi_t^* = \rho \pi_{t-1} \quad (8)$$

donde y_t es la brecha de producto, π_t es la tasa de inflación efectiva, π_t^* es la meta de inflación para t , r_t es la tasa de interés real, r_N es la tasa de interés neutral, χ_{t+1}^e es la esperanza matemática del valor de la variable χ en $t+1$, ε_t y η_t son perturbaciones aleatorias.

Cabe notar la relación ad hoc que presenta la primera ecuación entre la brecha del producto y las políticas macro. Como se puede apreciar, además del efecto esperado de la política monetaria en la brecha de producto (representado por el coeficiente beta), también aparece el efecto directo de la brecha entre la meta de inflación para el año en curso (fijada el año anterior) y la tasa de inflación efectiva registrada un año antes (en $t - 1$). La razón para este término se sustenta en el mecanismo de transmisión de la política monetaria a través de las expectativas: mientras más cercana esté la meta de inflación fijada para el año próximo de la tasa de inflación vigente, más suave es la señal enviada por el Banco Central a los mercados en términos de inflación y, por lo tanto, menor es el efecto contractivo en la brecha de producto. Esto reconoce los dos instrumentos usados en el programa de reducción de la inflación en el Chile de los noventa.

En un ambiente de salarios trasladados, la inflación es determinada por una ecuación como la (6), suponiendo que los contratos tienen una duración de dos años (ver Taylor, 1979, y Morandé, 1985). La ecuación (7) muestra una función de reacción para la tasa de interés de la política monetaria (en términos reales), la cual por simplicidad se considera como función sólo de la brecha esperada entre la inflación efectiva y la meta de inflación para el próximo año. Finalmente, la ecuación (8) establece la función de reacción de la meta de inflación como una función lineal de la inflación efectiva del año precedente. El parámetro en esta ecuación, que

está entre cero y uno, es lo que podríamos llamar el “factor de gradualidad” de la política monetaria: cuanto mayor sea su valor (más cercano a uno), tanto mayor será el horizonte meta implícito de largo plazo, más plazo se requerirá para que la inflación descienda a una meta de largo plazo y menor será el efecto en el crecimiento del PIB durante el ciclo (representado por la brecha de producto). En otras palabras, la política monetaria se hace más suave a medida que este parámetro se aproxima a uno.

Suponiendo expectativas racionales para resolver el modelo, llegamos a la siguiente expresión dinámica reducida para la inflación:

$$\pi_t = \lambda \pi_{t-1} + v_t \quad (9)$$

con v_t = perturbaciones aleatorias, donde $\lambda \in (0,1)$ para una solución estable. Para valores plausibles de los parámetros “estructurales” β , θ y γ , es posible encontrar que $\lambda = \varphi(\rho, \phi)$, $\frac{\partial \lambda}{\partial \rho} > 0$, $\frac{\partial \lambda}{\partial \phi} < 0$.

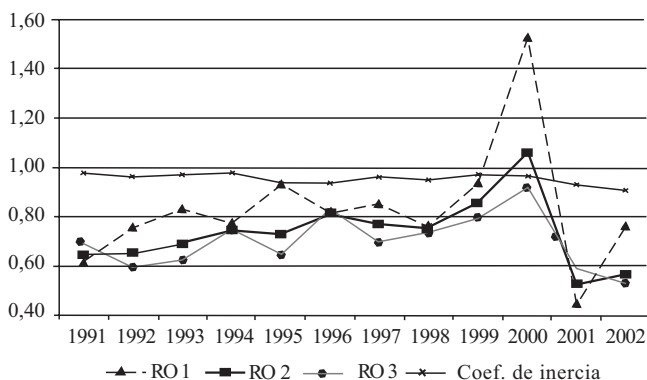
Esto significa, como era esperable, que la inflación es más persistente mientras más suave (mayor) sea el factor de gradualidad y mientras menor sea el peso asignado a la inflación en la función de reacción de la tasa de interés. Pero, al mismo tiempo, la brecha de producto es menos afectada y presumiblemente menos volátil. Este resultado es el bien conocido *trade off* inflación-estabilidad del producto, pero extendido al caso cuando las metas de inflación constituyen un instrumento separado de política monetaria.

Como una forma de capturar el grado de ambición de la meta se construye la siguiente razón:

$$\rho_t = \left[\frac{\pi_t^{Meta}}{\pi_{t-1}^{Efectiva}} \right] \quad (10)$$

Como π_t^{Meta} se consideró el piso de los rangos o la meta puntual según correspondiese. Se consideró como $\pi_{t-1}^{Efectiva}$ a la variación diciembre a diciembre del año previo para ρ_t^1 , se consideró como $\pi_{t-1}^{Efectiva}$ a la inflación promedio del año previo para ρ_t^2 , y se consideró como $\pi_{t-1}^{Efectiva}$ a la inflación promedio del primer semestre del año previo para ρ_t^3 . Recordemos que las metas eran fijadas aproximadamente en septiembre de cada año para ser cumplida a fines del siguiente año.

GRÁFICO N° 8: METAS E INERCIA



El Gráfico N° 8 es elocuente con respecto a que las metas, si bien procuraban la disminución de la inflación ($p < 1$), no constituyeron una disminución muy agresiva. Es notable como estos coeficientes, que reflejan una decisión de política por parte del Banco Central, estuvieron relacionados con el coeficiente de inercia de la inflación que se grafica en conjunto. Dicho coeficiente se obtiene de estimaciones con ventanas móviles con muestras de 4 años. Como se argumentó previamente, la gradualidad en la reducción de la meta revela que las autoridades monetarias tomaban en cuenta la inercia inflacionaria para fijar la meta correspondiente (avalado esto por estimaciones como las del coeficiente de inercia mostrado en el gráfico), de modo que se consiga una reducción en la inflación pero intentando evitar un costo sustancial en términos de actividad económica. Sin embargo, no es descartable que ese mismo coeficiente de inercia haya estado sustancialmente influido por la propia política de gradualidad del Banco. ¿Permite eso plantear que se pudo haber ido más rápido en la reducción de la inflación en los noventa? Sí, en principio, pero es difícil validar el contrafactual. Es más, en ejercicios que se reportan en una sección posterior se encuentra que una política mucho más agresiva habría importado mayores costos que la efectivamente aplicada. Asimismo, si se mira desde una perspectiva de teoría de juegos, es posible que la manera gradual de reducir la inflación, una vez instalada en el mercado, constituía una forma de equilibrio “subperfecto” preferible a otros equilibrios alternativos¹⁸.

¹⁸ Ver Ljungvist y Sargent (2001).

Es indiscutible que el uso de metas declinantes influyó determinan-temente en la reducción de la inflación. Una pieza de evidencia al respecto se encuentra en Morandé (2001), quien realiza el ejercicio de comparar predicciones de inflación basadas en un modelo VAR no restringido con el resultado efectivo de inflación y la inflación meta respectiva. Se hace una estimación del modelo VAR para cada anuncio de política, utilizando toda la información disponible hasta el mes precedente a este evento. Comparando las mejores predicciones del VAR, la meta inflacionaria y la inflación efectiva, se obtienen dos resultados principales. Primero, la inclusión de una tendencia temporal genera predicciones mucho más cercanas a la inflación efectiva que su no inclusión, aunque hasta 1994 o 1995 la tendencia no era un hecho consumado. El segundo resultado, más interesante, es que las predicciones de inflación generalmente son más altas que la inflación efectiva y que las metas de inflación. ¿Qué sugiere esto? En ausencia de otros elementos (como una meta de inflación), la “mejor” predicción de la inflación futura (basada en un modelo VAR) revierte hacia los niveles históricos de inflación promedio. Por lo tanto, la conclusión es que el anuncio de metas ayudó a disminuir las predicciones de inflación.

Por su parte Valdés (1997), a través de un VAR semiestructural, encuentra que la política monetaria, basada en el manejo de la tasa de interés, no afecta al nivel de la inflación subyacente, sino que sólo es capaz de afectar a la brecha entre la inflación subyacente y la meta de inflación. Ello es evidencia parcial de que el ancla nominal de la economía chilena en los noventa fue la meta.

De otro lado, García (2001) constata que la tasa de interés no es la herramienta que puede explicar la reducción de la inflación en los 90, en cambio la meta inflacionaria sí lo es, por medio de influir sobre las expectativas y la dinámica inflacionaria. A través de varias simulaciones en torno a los episodios de acción efectiva de la tasa de interés de política, este autor concluye que el uso de las tasas sólo realiza el *fine-tuning* en torno a una tendencia que está determinada por la meta de inflación decreciente anunciada por el BC, y por lo tanto sólo es requerida en contadas ocasiones durante la década. En términos más concretos, aproximadamente dos tercios del éxito antiinflacionario de los noventa serían atribuibles a la meta inflacionaria, en tanto el tercio restante podría ser atribuido a la apreciación cambiaria experimentada en Chile durante esa década. Sin embargo, el ejercicio no incluye episodios posteriores de fuerte devaluación y que no tuvieron asociados lapsos de grandes consecuencias inflacionarias, lo cual reafirma aún más la hipótesis de que las metas de inflación son simultáneamente un objetivo en sí y una herramienta antiinflacionaria.

3.5. El sistema de metas de inflación ha probado ser socialmente eficiente en Chile

En la sección anterior se deslizó la pregunta de si la reducción gradual de la inflación en Chile pudo haber sido más rápida y se plantearon algunas reflexiones preliminares, entre otras, la dificultad de evaluar lo ocurrido frente a un escenario contrafactual. La literatura empírica al respecto, sin embargo, alcanza ya un grado de contundencia.

Por ejemplo, Schmidt-Hebbel y Servén (1995), usando un modelo de equilibrio general calibrado para Chile y que considera indizaciones salariales, realizan ejercicios contrafactuales cuyas simulaciones les permiten concluir que, si se hubiese adoptado una política de shock para bajar rápidamente la inflación desde 14% hasta 5% en un año, el costo de producto habría sido de 2,2% y de un 4,5% en el caso del empleo en el primer año.

Schmidt-Hebbel y Werner (2002), por su parte, realizan un parangón entre las políticas de metas de inflación de Chile, Brasil y México, en el que destacan que un nivel de inflación baja, de largo plazo, se ha alcanzado con más parsimonia en Chile que en los otros países. Sin embargo, la razón de sacrificio en nuestro país, a juicio de estos autores, ha sido muy baja, pues se ha compatibilizado una reducción en la inflación con altas tasas de crecimiento. Ello además se ve reflejado en una menor volatilidad del producto y de la inflación en Chile que en los otros países.

Por otra parte Cohen, González y Powell (2003) destacan que el sistema de metas de inflación tiene la virtud de permitir que el tipo de cambio real (TCR) y el nominal (TCN) absorban los shocks externos. Por ello, a través de un VAR estructural respecto de los shocks permanentes y transitorios que afectan al TCR y al TCN, plantean que el éxito de las metas de inflación se puede medir por el menor reflejo en el TCR de shocks nominales y el mayor reflejo en el TCN de los shocks reales. Los autores concluyen que, comparando los períodos previos y posteriores a la implementación de metas de inflación en Chile, se ha sacrificado levemente en el primer aspecto, pero se ha ganado significativamente en el otro, es decir, después de 1990, el TCR refleja un poco más los shocks nominales y el TCN refleja bastante más los shocks reales.

Finalmente, Morandé (2001) realiza tres ejercicios en esta línea. Primero, hace un ejercicio contrafactual en que compara la política gradual aplicada con una alternativa en la que la inflación se habría reducido mucho más drásticamente. Ubicados en 1990, si se simula una meta de 3% en lugar del 17,5% (punto medio del rango meta) que se aplicó efectivamente, entonces la tasa de política monetaria debió haberse elevado a 18% real y

la economía habría sufrido una recesión con una caída del PIB de 3% en cuatro trimestres. Si la misma simulación se hace para 1995 (estableciendo la meta para 1996 en 3% en lugar de la efectiva de 6,5%), el crecimiento de la actividad económica se habría reducido 4,8% en 1996 y 3,1% en 1997. El segundo ejercicio compara la volatilidad de diversas variables reales (crecimiento, tipo de cambio real y tasa de interés real) en el período en que el esquema de metas de inflación se usó intensamente para reducir la inflación (1991 a 1997), con las volatilidades que se deducían de décadas anteriores (sin considerar grandes recesiones). Concluye que las variables reales mencionadas fueron menos volátiles en los noventa que en cualquier década previa, con ciclos económicos definitivamente más suavizados. El tercer ejercicio consiste en comparar la evolución efectiva del crecimiento, la inflación y el tipo de cambio real desde 1991 hasta fines de 1997 (excluyendo las turbulencias de 1998 y 1999), con las trayectorias simuladas de estas variables bajo el supuesto que la tasa de política monetaria se hubiera mantenido fija en 6,9% (el promedio del período). Como resultado, se obtiene que la política alternativa habría generado, en promedio, 2% menos de crecimiento por año y más volatilidad en esta variable, un peso más depreciado en general y una inflación convergiendo a niveles más bajos de modo más rápido que lo que ocurrió en la realidad.

3. 6. ¿Es la inflación un tema del pasado?

La inflación ha retrocedido en la mayoría de los países del mundo. La mediana de inflación en los países desarrollados en la década de los ochenta frisaba el 3% anual, en tanto en los noventa se ubicaba más bien en torno al 2% anual. Esta realidad también se ha dado en varias economías emergentes con un pasado inflacionario, como las de América Latina. Estas últimas, además, han mostrado inflaciones reducidas y bajo control incluso después de experimentar sustanciales devaluaciones de sus monedas (Brasil en 1999, Argentina en 2002), un resultado inusual si se le compara con situaciones semejantes de sus respectivas historias. El mismo tipo de fenómeno, aunque ciertamente con menos intensidad y dramatismo, se ha dado también en Chile. Es más, las sucesivas tasas de inflación mensual negativas que se observaron en 2003 han llevado a todo un debate respecto de si hay cambios estructurales en la forma en que se determinan los precios en los mercados que podrían indicar que una inflación baja llegó para quedarse. Es muy posible que todavía sea muy pronto como para sacar conclusiones definitivas al respecto, pero lo que sí puede hacerse es

verificar qué tipo de modificaciones en las ecuaciones de precios pudieron haber surgido en los noventa con relación al período inmediatamente anterior y que pueden, en parte, adjudicarse a la conquista de la inflación lograda hacia fines de esa década.

3.6.1. Traspasos desde mayoristas a consumidores

Precisamente ése es el espíritu de realizar un análisis con el modelo corrector de errores¹⁹ entre el índice de precios al consumidor y el índice de precios al mayorista. La idea es determinar cómo se traspasan, según la información agregada, los cambios en precios a nivel mayorista al nivel siguiente, el minorista, y si esa forma de traspaso se alteró a comienzos de los noventa. Los resultados se muestran en la Tabla N° 4 para las submuestras 1977-1989 y 1990-2002.

$$\Delta \ln(IPC_t) = \sum_{j=1}^2 \{ \alpha_j \Delta \ln(IPC_{t-j}) + \beta_j \Delta \ln(IPM_{t-j}) \} + \gamma \varepsilon_{t-1} + \omega_t \tag{11}$$

con $\varepsilon_{t-1} = \ln(IPC_{t-1}) + \lambda \ln(IPM_{t-1}) \sim I(0)$ y ω_t ruido blanco usual.

TABLA N° 4*: RELACIÓN ENTRE IPC E IPM: MODELO DE CORRECCIÓN DE ERRORES

Coeficientes	Período 1977-1989	Período 1990-2000
α_1	0,17 (0,09)	0,32 (0,10)
α_2	0,05 (0,09)	-0,08 (0,10)
β_1	0,28 (0,05)	0,00004 (0,07)
β_2	-0,05 (0,05)	0,03 (0,07)
γ	-0,05 (0,008)	-0,04 (0,007)
λ	-0,88 (0,01)	-0,93 (0,004)

* Desviación estándar entre paréntesis debajo del coeficiente respectivo.

¹⁹ Previa constatación de que ambas series (logaritmos de cada índice) son integradas de orden uno.

De este ejercicio es posible derivar cuatro conclusiones:

1. La relación de largo plazo indica que el traspaso desde IPM a IPC es de 87% en el primer lapso y sube a 93% en la segunda parte. Hay más traspaso, lo que podría señalar un mayor grado de competencia en el nivel de intermediación comercial en los últimos años.

2. La relación de corto plazo muestra que en la primera submuestra las variaciones en los precios a mayoristas se traspasaban al mes siguiente en un 28% a los consumidores. Dicho coeficiente no es estadísticamente significativo para el segundo lapso desde 1990 hasta 2000, lo que indicaría que en el corto plazo existe un mayor rezago para traspasar cambios de precios a los consumidores en los años más recientes. Esto no es incompatible con la conclusión anterior de una mayor competencia en la segunda submuestra, pues puede ser que con inflaciones bajas y controladas los intermediarios comerciales demoran más el traspaso de un cambio en los precios mayoristas hasta estar más seguros de la permanencia de dicho cambio. Una equivocación al respecto puede hacerles perder individualmente participación de mercado, algo que quieren evitar.

3. Las velocidades de ajuste entre corto y largo plazo resultaron similares y no se pueden derivar cambios en este parámetro.

3.6.2. Traspasos a inflación desde cambios en los precios de los insumos

Desde una perspectiva microeconómica, a través de la función de costos es posible explicar la formación de precios nominales de los productos finales como una función de los precios nominales de los insumos. En este caso, los precios de los insumos se resumen en salarios nominales, tipo de cambio nominal y precios internacionales.

$$P = f(W, TCN, P^*) \quad (12)$$

Esta función debe mostrar homogeneidad de grado uno y, por lo tanto, los coeficientes estimados, que son una proxy de la importancia del insumo o factor en la producción del bien final, revelan en qué magnitud son traspasados a los precios finales los movimientos en los precios de los insumos. Para el presente trabajo queremos como primera aproximación estudiar los posibles quiebres estructurales en los traspasos desde precios

de los insumos a la inflación. Para ello se usará como variable dependiente la inflación anualizada y también el crecimiento de los precios descontando el movimiento en los salarios:

$$\tilde{\pi}_t = \pi_t - \alpha \hat{\omega}_t \quad (13)$$

donde α es la participación del trabajo²⁰ en el precio final.

Se utilizó la siguiente especificación estimada en dos etapas con variables instrumentales²¹

$$\tilde{\pi}_t = \theta_0 + \theta_1^i + [\alpha_0 + \alpha_1^i] \Delta \ln(TCN_t) + [\beta_0 + \beta_1^i] \pi_t^* + \lambda \tilde{\pi}_{t-1} \quad (14)$$

El supraíndice i indica que es una variable que vale 0 antes del período i y vale α_1 después del período i , permitiendo de esta forma un cambio estructural a partir del instante i . Como inflación internacional π_t^* se utilizó la serie de precios internacionales relevantes para Chile, IPE del BCCh²². Como ya se señaló, y para prevenir los problemas de endogeneidad, se prioriza la especificación de estimación en dos etapas²³.

Los resultados son robustos a diferentes especificaciones en donde se reitera como candidato óptimo al punto de quiebre el mes de noviembre de 1989. Estimando con dicho quiebre estructural consistentemente se observa una caída del traspaso desde el TCN a inflación y un aumento del traspaso desde los salarios²⁵. La evidencia de cambio en el traspaso desde precios internacionales es bastante débil y estadísticamente no significativa.

Sin imponer un α predeterminado sólo se obtienen estimaciones de largo plazo. En ellas el traspaso desde TCN es 28% antes del quiebre y 13% después del quiebre. En los precios internacionales se puede concluir un 7% constante en todo período. En los salarios las cifras que resultan

²⁰ Se utilizaron como posibles valores de α (0,6, 0,5, 0,4). Entre todas las combinaciones sistemáticamente, ajusta mejor con $\alpha = 0,4$.

²¹ En el caso de la variación del tipo de cambio nominal, se usó a $\Delta \ln(TCN_{t-1})$, $\Delta \ln(TCN_{t-2})$, $\tilde{\pi}_{t-1}$, $\tilde{\pi}_{t-2}$.

²² También se realizaron estimaciones usando la inflación de EE.UU. y el índice de precios nominales de importaciones de Bennet y Valdés (2001).

²³ También se estimaron las siguientes especificaciones (sólo var. contemporáneas y sólo rezagos) y el quiebre óptimo sigue siendo noviembre de 1989.

²⁴ Sin embargo, se debe imponer α (la participación del trabajo) igual a 0,4 previo al quiebre de 1989.

TABLA N° 5*: TRASPASOS DE PRECIOS DE INSUMOS A PRECIOS FINALES

Estimaciones con variable dependiente:	π_t	$\tilde{\pi}_t$ con $\alpha = 0,4$
θ_0	0,06 (0,03)	0,03 (0,01)
$\theta_1^{11/89}$	-0,08 (0,03)	-0,05 (0,02)
α_0	0,28 (0,03)	0,13 (0,03)
$\alpha_1^{11/89}$	-0,15 (0,03)	-0,05 (0,03)
β_0	0,07 (0,03)	
$\beta_1^{11/89}$		0,07 (0,03)
γ_0	0,33 (0,17)	
$\gamma_1^{11/89}$	0,51 (0,17)	0,23 (0,07)
λ		0,43 (0,16)

* Desviaciones estándar entre paréntesis debajo del coeficiente respectivo.

son 32% antes del quiebre para evolucionar hacia 83% después del quiebre.

Imponiendo $\alpha = 0,4$ es posible obtener estimaciones de un modelo dinámico que arroja estimaciones de largo y corto plazo que se resumen en lo siguiente:

1. Traspaso desde TCN en el corto plazo: 13% antes del quiebre, 8% después del quiebre.
2. Traspaso desde TCN largo plazo: 23% antes del quiebre, 14% después del quiebre.
3. Salarios: 40% (impuesto con $\alpha = 0,4$) antes del quiebre. Después del quiebre de noviembre de 1989 se estima un traspaso de corto plazo de 63% y de largo plazo de 81%.

4. Precios internacionales: no se observa quiebre estadísticamente significativo. El traspaso es constante de 7% en el corto plazo y de 13% en el largo plazo.

Cabe mencionar, sin embargo, que estos resultados son sensibles a las especificaciones y no representan evidencia definitiva, quedando espacio para investigaciones posteriores.

4. A modo de conclusión

Luego de décadas de ardua lucha, Chile ha derrotado recientemente a la inflación y ha conseguido la tan esquivada estabilidad de precios. El camino estuvo plagado de variados programas de estabilización, todos los cuales, hasta mediados de los setenta, terminaron en el más absoluto de los fracasos por la incapacidad demostrada por dirigentes e instituciones de contener la expansión fiscal y el ámbito de acción del Estado, expansión que intermitente pero sustancialmente recurrió al financiamiento monetario.

Sin embargo, la solución a la causa fiscal de la inflación demostró ser una condición necesaria pero no suficiente para contener definitivamente la inflación. En efecto, después que en 1976 desaparecieron los déficits fiscales financiados con emisión monetaria, tuvieron que pasar casi veinte años para que la inflación bajara consistentemente a cifras de un dígito y tres años más para que alcanzara tasas similares a las de países desarrollados. La evidencia mostrada en este trabajo dice que la renuencia de diferentes autoridades a reducir más drásticamente la inflación estuvo influida por la sustancial inercia del proceso inflacionario, a su vez vinculada a la amplia indización de diversos precios y a la desconfianza del mercado frente a la verdadera voluntad antiinflacionaria de quienes tenían a su cargo las políticas macro.

Sólo la inauguración de un banco central autónomo en 1989 y la posterior implementación rigurosa y metódica de un esquema de metas de inflación pudieron cambiar lo que hasta entonces era un indefectible proceso de regresión a su media histórica de la tasa de inflación. En este trabajo se muestra la importancia empírica de estos hechos, los que confirman a su vez que, previo a 1990, la principal falencia de la lucha contra la inflación, una vez superado el problema fiscal, era la ausencia de un ancla nominal correcta. Entre 1978 y 1982 se intentó con un ancla cambiaria que no resistió los embates de los recurrentes shocks reales que enfrentó la economía chilena, ni los desajustes varios que siguieron al proceso de liberaliza-

ción económica llevado a cabo entre 1974 y 1981. Entre 1983 y 1989 simplemente no hubo ancla nominal. En 1990 se instala como ancla nominal, aunque sólo en forma progresiva, la propia meta de inflación.

El uso de metas de inflación para reducir la inflación desde niveles cercanos a 30% anual en 1990 hasta cifras en torno a 3% se hizo respetando el mismo principio de gradualidad que ha inspirado casi todos los programas antiinflacionarios en la historia del país. La diferencia, esta vez, estuvo no sólo en que durante prácticamente todos los noventa se mantuvo una política fiscal colaboradora, sino también en la sistematicidad con que se aplicaron las metas anuales de inflación descendentes. En este trabajo se ilustra cómo las metas de inflación fueron un objetivo y un instrumento a la vez de la política monetaria, combinación que probó ser clave importante del éxito.

La reducción de la inflación de los noventa no sólo no implicó un costo en términos de actividad económica, sino que, al contrario, fue acompañada de un sostenido crecimiento y de una menor volatilidad en variables reales clave. En este trabajo, además, se sostiene, con base en evidencia de otros artículos, que la alternativa de una reducción más abrupta de la inflación habría significado un costo mayor en actividad.

La inflación se ha reducido en Chile y hoy está controlada en niveles bajos y estables. Este proceso de conquista de la inflación se ha dado, sin embargo, en un contexto internacional de también menor inflación. ¿Qué tan permanente es, entonces, el logro en nuestro país? Al parecer, ha habido cambios estructurales en la manera en que se determinan los precios en Chile que pudieran avalar una hipótesis de una reducción permanente en la inflación. Por ejemplo, al analizar la relación entre precios al consumidor y precios mayoristas, el presente trabajo encuentra que el traspaso de cambios del nivel mayorista al nivel minorista insinúa una mayor competencia en el largo plazo pero una mayor lentitud en el traspaso, tal vez condicionado por un entorno de estabilidad de precios, generando un círculo virtuoso de mantención de una inflación estable. Realizando este análisis respecto del traspaso desde precios de los insumos a precios finales, se encuentra un menor traspaso cambiario y una mayor importancia al movimiento de los salarios en la última década del siglo que en períodos previos, apoyando la idea de una reacción lenta que favorece una inflación sin grandes alteraciones.

ANEXOS

**A. Relacionando déficits fiscales,
crecimiento del dinero e inflación**

Los presentes ejercicios y análisis econométricos buscan determinar si el balance fiscal es un determinante de la inflación en Chile entre los años 1940-1995. Principalmente trataremos de constatar si el déficit fiscal determinaba la tasa de crecimiento del dinero, y por esa vía generaba inflación.

Para ello utilizaremos las siguientes variables y definiciones:

1. Inflación es la variación porcentual diciembre a diciembre del índice de precios al consumidor (IPC). La inflación es una serie integrada de orden 0 al 5% de significancia en la muestra considerada. La fuente es el Instituto Nacional de Estadísticas (INE):

$$\pi_t = \left(\frac{IPC_t - IPC_{t-1}}{IPC_{t-1}} \right) \quad (15)$$

2. Tasa de variación de M1A: Se utiliza la variación porcentual anual de las cifras de M1 publicadas en Braun *et al.* (2000). No se puede rechazar la existencia de raíz unitaria con los niveles de confianza usuales.

$$m_t = \left(\frac{M1_t - M1_{t-1}}{M1_{t-1}} \right) \quad (16)$$

3. Déficit fiscal como % del PIB: Se utilizan los datos anuales (serie a) del porcentaje de déficit o superávit sobre el PIB publicados en Jeftánovic *et al.* (2000). La serie considerada es integrada de orden 0 al 1% de significancia en la muestra considerada.

$$df_t = \left(\frac{Ingresos\ fiscales_t - Gastos\ fiscales_t}{PIB_t} \right) \quad (17)$$

Incluir en forma teórica como variable dependiente a la inflación y como variable independiente a la tasa de creación del dinero puede llevarnos a una confusión, ya que no se toma en cuenta que el mecanismo de

transmisión que se quiere probar es si un mayor déficit fiscal implicaba una mayor tasa de crecimiento del dinero y, en forma indirecta, inflación.

**B.1. Estimaciones déficit fiscal, dinero e inflación
para lapso 1940-1976**

Utilización de variables instrumentales: se procede a estimar la relación entre tasa de emisión del dinero y la inflación (considerando como variables exógenas una constante y el rezago de la inflación) usando m_t instrumentalizado por df_t , m_{t-1} .

TABLA N° 6*:

Var. Dep. inflación (1940-1976)	Versión estática	Versión dinámica
α	-0,55 (0,13)	-0,38 (0,14)
$\hat{m}_t$	2,91 (0,34)	2,10 (0,55)
π_{t-1}		0,27 (0,12)

* Desviación estándar entre paréntesis debajo del coeficiente respectivo.

Estimaciones con distintas series de déficit fiscal: En el trabajo de Jeftánovic *et al.* (2000) se explicitan diferentes series de déficit fiscal para el período 1940-1976. Se amplía el uso de la serie α (Df) a estimaciones utilizando la serie β (Df2) y la serie construida por Cortés-De la Cuadra, 1984 (Df3).

GRÁFICO N° 9: SERIES DE DÉFICIT FISCAL

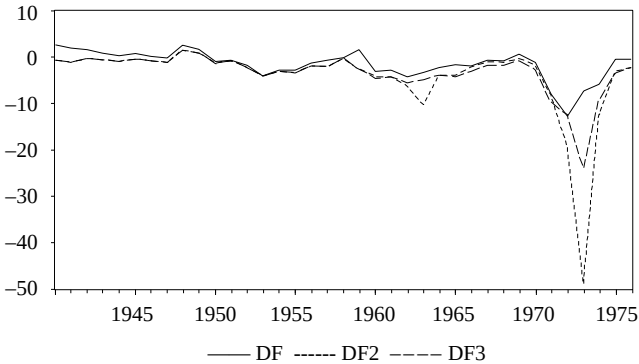


TABLA N° 7:

Matriz de correlaciones	Df	Df2	Df3
<i>Df</i>	1,00	0,67	0,81
<i>Df2</i>		1,00	0,96
<i>Df3</i>			1,00

Recordar que las estimaciones son en dos etapas de la siguiente forma:

$$\pi_t = \theta_1 + \theta_2 \hat{m}_t + \theta_3 \pi_{t-1} + \varepsilon_t \tag{18}$$

donde $\hat{m}_t = \hat{\alpha} + \hat{\beta}df_t + \hat{\gamma}m_{t-1}$

Resumen de Resultados 1940-1976: Centrándonos en las estimaciones de largo plazo se obtienen las siguientes elasticidades:

TABLA N° 8:

Impactos de largo plazo	$\frac{\partial \pi_t}{\partial m_t}$	$\frac{\partial m_t}{\partial df_t}$	$\frac{\partial \pi_t}{\partial df_t}$
<i>Df</i>	2,89	-15,6	-45,0
<i>Df2</i>	3,12	-6,4	-19,9
<i>Df3</i>	3,04	-13,0	-39,4

Basados en las distintas series de déficit fiscal disponibles para el período 1940-1976, podemos afirmar que un incremento marginal del déficit fiscal sobre PIB implica un incremento en la emisión de dinero entre 6% y 15%.

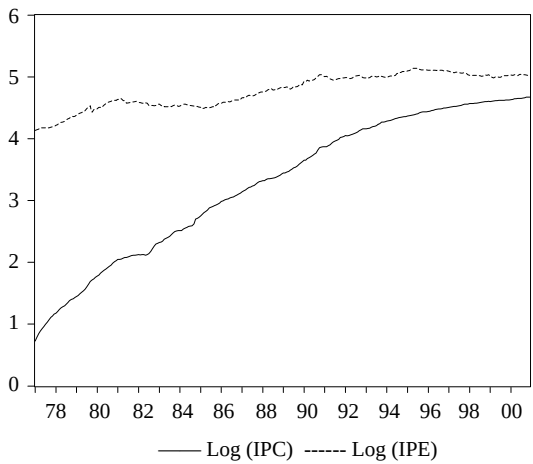
Las estimaciones registran que un incremento marginal en el déficit fiscal incrementa la inflación entre 20% y 45%. Esto es debido a la alta repercusión del dinero sobre la inflación (elasticidad estimada cercana a 3)²⁵.

²⁵ Esta relación se encuentra incluyendo años como 1973, cuando emisiones de 153% eran contemporáneas con inflaciones cercanas a 600%.

B.2. Ley de un solo precio: 1977-2000

Una vez encontrada una relación entre precios y dinero, procurando seguir caracterizando el comportamiento de la inflación en Chile en el período 1977-2000, se procede a buscar a los determinantes de la inflación en la etapa posterior a 1977. Como sabemos, se utilizó como mecanismo de estabilización la fijación del tipo de cambio nominal con la esperanza de que la economía otrora cerrada diera paso a un proceso de arbitraje que finalizara con la igualación de la inflación doméstica con la inflación internacional

GRÁFICO N° 10:



Para este último concepto existen variadas alternativas: la primera es la serie de precios externos relevantes para Chile (IPE), construida por el Banco Central, como un promedio ponderado de los índices de precios al por mayor de cada país. Este promedio es ponderado por la importancia relativa en el comercio internacional de Chile. Expresado en logaritmos, encontramos un vector de cointegración que señala:

$$\varepsilon_t \sim I(0) = -\ln(ipc_t) + 4,03 + 0,67 \ln(tcn_t) + 0,91 \ln(ipe_t) \quad (19)$$

(1,26) (0,06) (0,30)

$$\frac{\partial \ln(ipc_t)}{\partial \ln(ipe_t)} = 0,90 \text{ no se rechaza } H_0 = 1$$

$$\frac{\partial \ln(ipc_t)}{\partial \ln(tcn_t)} = 0,67 \text{ se rechaza } H_0 = 1$$

Utilizando la serie IPM de EE.UU. no se encuentra una relación estadísticamente significativa en niveles de los logaritmos de los índices; sin embargo sí se encuentra cointegración en las tasas de variación anualizada. Realizando los correspondientes tests de Johansen se obtienen los siguientes vectores de cointegración entre tasas de variación anualizada del IPE y del IPM de EE.UU.

$$\varepsilon_t = + \ln \left(\frac{ipe_t}{ipe_{t-12}} \right) \sim I(0) \quad (20)$$

$$\varepsilon_t = - \ln \left(\frac{ipc_t}{ipc_{t-12}} \right) + \frac{0,81}{(0,08)} \ln \left(\frac{tcn_t}{tcn_{t-12}} \right) + \frac{1,15}{(0,21)} \ln \left(\frac{ipe_t}{ipe_{t-12}} \right) \sim I(0) \quad (21)$$

Utilizando la tasa porcentual anualizada del índice de precios al productor de EE.UU. tenemos:

$$\varepsilon_t = - \ln \left(\frac{ipc_t}{ipc_{t-12}} \right) + \frac{0,98}{(0,19)} \ln \left(\frac{tcn_t}{tcn_{t-12}} \right) + \frac{1,07}{(0,53)} \ln \left(\frac{EE.UU.ipm_t}{EE.UU.ipm_{t-12}} \right) \sim I(0) \quad (22)$$

En ambas especificaciones encontramos que, en tasas de variación, la ley de un solo precio no puede ser rechazada. Sin embargo, los modelos de corrección de errores de las mismas especificaciones en variaciones porcentuales anualizadas no obtienen resultados alentadores, ya que su ajuste (medido a través del R^2 ajustado) es cercano al 30% y donde la velocidad de ajuste es bastante pequeña, dando cuenta de una relación que es robusta en el largo plazo pero que dista de tener poder predictivo en el corto plazo. En estas relaciones de corto plazo se rescata un coeficiente de traspaso de corto plazo desde el tipo de cambio nominal hacia inflación de un dígito en ambas especificaciones.

B.3. Analizando el período 1977-2002: Relación entre dinero y precios

Recordemos que en este período el comportamiento fiscal no fue estadísticamente significativo para explicar la tasa de emisión de M1, hecho corroborado bajo distintas especificaciones; sin embargo volvemos a centrar nuestra atención a la relación entre la tasa de emisión monetaria y la inflación²⁶.

Otro hecho relevante en este subperíodo 1977-2002 es la constante inercia de la serie inflacionaria: a través de los tests de raíz unitaria usuales no se rechaza la hipótesis nula de que la inflación tenga un comportamiento de camino aleatorio.

Coherentemente con ello, se procede a realizar análisis de cointegración de Johansen que efectivamente estima un vector de cointegración que constata una relación homogénea de grado uno entre el logaritmo de M1 y el logaritmo del índice de precios al consumidor para el período 1977:01 a 2000:12. Con logaritmo de M7 se estima un vector de cointegración con una elasticidad de 0,6 para el período 1980:12 a 2000:12. Ambos resultados se ilustran en las siguientes ecuaciones²⁷.

$$\varepsilon_t = -\ln(ipc_t) + \frac{3,86}{(1,46)} + \frac{1,04}{(0,16)} \ln(m1_t) \sim I(0) \quad (23)$$

$$\varepsilon_t = -\ln(ipc_t) + \frac{1,72}{(0,14)} + \frac{0,60}{(0,01)} \ln(m7_t) \sim I(0) \quad (24)$$

C. Quiebres en el nivel de la inflación

Hipótesis nula respecto de la tasa de emisión de M1: Si la independencia del BC implica un cambio estructural en los parámetros de emisión, esto podría verse reflejado de 3 maneras:

- 1) En la tasa de creación: $H_0: \alpha_2 < 0$
- 2) En la tendencia de creación: $H_0: \alpha_4 < 0$
- 3) En la inercia de creación: $H_0: \alpha_6 < 0$.

²⁶ Para este período de la historia económica de Chile ya se cuenta con algunas series de frecuencia mensual, por lo tanto se utilizarán en su tasa de cambio anualizada, es decir, para la variable x , su logaritmo natural será $\ln x = \ln(x)$, y finalmente su tasa de variación porcentual anualizada será $d\ln(x) = \ln [x_{(t)} / x_{(t-12)}]$.

²⁷ Desviación estándar Newey-West entre paréntesis debajo de los coeficientes estimados.

Resultados: Los resultados obviamente mejoran con la inclusión de la variable D73, pero son robustos a excluirla.

1. Incluyendo todas las variables se obtienen los signos esperados pero se obtiene una baja significancia estadística. Solamente aparecen estadísticamente significativas las reducciones de inercia, si es que no se permiten quiebres ni en tendencia ni en nivel.

2. Excluyendo los términos de cambio en la tendencia:

a) Para 1989 no se puede rechazar que $\alpha_2 < 0$, y la inercia permanece constante $\alpha_6 = 0$.

b) Para 1990 no se puede rechazar que $\alpha_2 = 0$, pero el coeficiente de inercia decrece desde 0,55 previo a 1990 hasta 0,29 posteriormente ($\alpha_6 = -0,26$ estadísticamente significativo).

3. Excluyendo los términos de constante:

a) Para 1989 no se puede rechazar que existe una tendencia positiva hasta 1989, pero que posteriormente desaparece $\alpha_3 + \alpha_4 = 0$, y la inercia permanece constante $\alpha_6 = 0$.

b) Para 1990 no se puede rechazar que $\alpha_4 = 0$, pero el coeficiente de inercia decrece desde 0,61 previo a 1990 hasta 0,23 posteriormente ($\alpha_6 = -0,38$ estadísticamente significativo).

Hipótesis nula respecto de la tasa de inflación: Realizando el mismo ejercicio pero con respecto a la inflación, es decir, permitiendo quiebres estructurales en la ecuación de inflación:

$$\pi_t = \alpha_0 + \alpha_1 D73 + \alpha_2 D_t^i + \alpha_3 t + \alpha_4 D_t^{i*} + \alpha_5 \pi_{t-1} + \alpha_6 [D_t^{i*} \pi_{t-1}] + \varepsilon_t$$

se obtienen los siguientes resultados:

1. Excluyendo los términos de tendencia:

a) Para 1989 no se puede rechazar que $\alpha_4 < 0$ y la inercia permanece constante $\alpha_6 = 0$.

b) Para 1990 no se puede rechazar que $\alpha_2 < 0$ y la inercia permanece constante $\alpha_6 = 0$.

2. Excluyendo los términos de constante:

a) Para 1989 no se puede rechazar que existe una tendencia positiva hasta 1989, pero que posteriormente decrece $\alpha_4 < 0$ (o desaparece al 1%) y la inercia permanece constante $\alpha_6 = 0$.

b) Para 1990 no se puede rechazar que existe una tendencia positiva hasta 1990, pero que posteriormente decrece $\alpha_4 < 0$ (o desaparece al 5%) y la inercia permanece constante $\alpha_6 = 0$.

3. En la inflación, a diferencia de la tasa de crecimiento del dinero, las estimaciones sí son sensibles a la inclusión de la variable DUM73. Incluyendo todas las variables se obtienen los signos esperados pero de poca significancia estadística. Notar que solamente aparecen estadísticamente significativas las reducciones de inercia si es que no se permiten quiebres ni en tendencia ni en nivel.

D. Quiebre en la volatilidad de la inflación

La modelación de un GARCH (1,1) se puede resumir de la siguiente forma²⁸:

$$\pi_t = \theta_0 + \sum_{i=1}^p \theta_i \pi_{t-i} + \varepsilon_t + \sum_{j=1}^m \phi_j \varepsilon_{t-j} \quad (25)$$

donde $\varepsilon_t \sim N(0, h_t)$, con $h_t = E_{t-1}[\varepsilon_t^2]$

$$h_t = \alpha + \beta \varepsilon_{t-1}^2 + \gamma h_{t-1} + \delta \pi_{t-1} + v_t \quad (26)$$

$$\sigma^2 = \left(\frac{\alpha(1-\gamma)}{1-\beta-\gamma} \right) \quad (27)$$

donde la varianza incondicional es $\left(\frac{\alpha}{1-\beta} \right)$.

Para cada submuestra se buscará modelar el mejor modelo ARMA, y junto con ello se procurará modelar la varianza condicional. La modelación ARMA no genera vínculos con los determinantes de la inflación, sino más bien caracteriza en forma reducida los parámetros que la gobiernan.

²⁸ El término ARCH es β y el término GARCH es γ .

TABLA N° 9*:

	1978-2003	1978-1989	1990-2003	1978-2003
θ_0			-0,001 (0,0006)	
θ_1	0,99 (0,004)	0,98 (0,003)	1,0 (0,007)	0,98 (0,005)
ϕ_1	0,51 (0,05)	0,68 (0,04)		0,48 (0,06)
ϕ_2	0,17 (0,04)	0,25 (0,05)		0,13 (0,05)
α	$3,38E^{-05}$ ($4,88E^{-06}$)	$9,2E^{-05}$ ($1,5E^{-05}$)	$1,82E^{-05}$ ($3,5E^{-05}$)	$1,0E^{-06}$ ($2,8E^{-06}$)
β	0,84 (0,17)	0,53 (0,14)	0,90 (0,33)	0,55 (0,12)
γ		-0,21 (0,06)		
δ				$32,6E^{-05}$ ($6,04E^{-05}$)
σ^2	$2,1E^{-04}$	$2,3E^{-04}$	$1,8E^{-04}$	($2,3 + 326\pi_r$) E^{-06}

* Debajo de cada coeficiente se detalle la desviación estándar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bennet, H. y R. Valdés: “Series de Términos de Intercambio de Frecuencia Mensual para la Economía Chilena: 1965-1999”. *Documento de Trabajo* del Banco Central N° 98, octubre, 2001.

Braun, J., M. Braun, I. Briones y J. Díaz: “Economía Chilena: 1810-1995. Estadísticas Históricas”. *Documento de Trabajo*, Instituto de Economía, Universidad Católica de Chile N° 187 (2000).

Cortázar, R. y J. Marshall: “Índice de Precios al Consumidor en Chile: 1970-1978”. En *Colección de Estudios CIEPLAN*, noviembre, 1980, Santiago, pp. 159-201.

Cortés, H. y S. de la Cuadra: *Recesiones Económicas, Crisis Cambiaria y Ciclos Inflacionarios, Chile 1926-1982*. Santiago: Instituto de Economía, P. Universidad Católica de Chile, 1984.

Cohen V., M. González y A. Powell: “A New Test for the Success of Inflation Targeting”. Mimeo, Universidad Torcuato di Tella, 2003.

Ffrench-Davis, R.: *Políticas Económicas en Chile 1952-1970*. Ediciones Nueva Universidad, Universidad Católica de Chile, Vicerrectoría de Comunicaciones, 1973.

Fischer, S.: “How Independent Should a Central Bank Be?” (con Guy Debelle). En Federal Reserve Bank of Boston, *Goals, Guidelines, and Constraints Facing Monetary Policymakers*. Federal Reserve Bank of Boston, Conference Series N° 38, 1994.

- García, C.: “Políticas de Estabilización en Chile durante los Noventa”. *Documento de Trabajo* del Banco Central N° 132, diciembre, 2001.
- Hansen, B.: “The New Econometrics of Structural Change: Dating Changes in U.S. Work Productivity”. *Journal of Economic Perspectives*, 15, (2001): 117-128.
- Jeftánovic P., J. Jofré y R. Lüders: “Economía Chilena: 1810-1995. Cuentas Fiscales”. *Documento de Trabajo*, Instituto de Economía, Universidad Católica de Chile N° 188, 2000.
- Landerretche, O., F. Morandé y K. Schmidt-Hebbel: “Inflation Targets and Stabilization in Chile”. Documentos de Trabajo del Banco Central N° 55, diciembre, 1999.
- Ljungvist, L. y T. Sargent: “Recursive Macroeconomic Theory”. The MIT Press, 2001.
- Magendzo, I.: “Inflación e Incertidumbre Inflacionaria en Chile”. *Documento de Trabajo* del Banco Central N° 15, octubre, 1997.
- Mishkin, F. y K. Schmidt-Hebbel: “One Decade of Inflation Targeting in the World: What do We Know and What do We Need to Know?”. *Documento de Trabajo* del Banco Central N° 101, julio, 2001.
- Morandé, F.: “A Note on Wage Indexation in a Model with Staggering Wage Setting”. *Economics Letters*, 17 (1), 1985.
- Morandé, F.: “A Decade of Inflation Targeting in Chile: Developments, Lessons, and Challenges”. *Documento de Trabajo* del Banco Central N° 115, julio, 2001.
- Morandé, F. y F. Rosende: *Análisis Empírico de la Inflación en Chile*. Editores Universidad de ILADES/Georgetown y Universidad Católica de Chile, 1995.
- Sargent, T.: “The End of Four Big Inflation”. En T. Sargent, *Rational Expectations and Inflation*. Harper Row, 1986.
- Schmidt-Hebbel, K. y L. Servén: “Hacia una Menor Inflación en Chile: Contracción Monetaria bajo Expectativas Inflacionarias”. En Morandé y Rosende (eds.), *Análisis Empírico de la Inflación en Chile*. Editores Universidad de ILADES/Georgetown y Universidad Católica de Chile, 1995.
- Schmidt-Hebbel, K. y A. Werner: “Inflation Targeting in Brazil, Chile, and Mexico: Performance, Credibility, and the Exchange Rate”. *Documento de Trabajo* del Banco Central N° 171, julio, 2002.
- Taylor, J. B.: “Staggered Wage Setting in a Macro Model”. *American Economic Review*, 69 (2), 1979.
- Valdés, R.: “Transmisión de Política Monetaria en Chile”. *Documento de Trabajo* del Banco Central N° 16, octubre, 1997. ☐

POLÍTICA MONETARIA BAJO INCERTIDUMBRE*

REFLEXIONES DESPUÉS DE JACKSON HOLE 2003

Francisco Rosende R.

Durante la última década se ha verificado un renovado interés, entre los economistas dedicados a estudiar temas de política monetaria, por el diseño de reglas que contribuyan a atenuar las fluctuaciones de la actividad económica en un contexto de baja inflación. Esta línea de trabajo se ha visto estimulada por un prolongado período de crecimiento en los EE.UU., en un contexto de baja inflación y menores fluctuaciones de la actividad, resultado que ha sido atribuido —en buena medida— a una atinada gestión de política monetaria. El tipo de manejo monetario que ha permitido materializar esos resultados, se ha asociado con sencillas reglas de movimiento de la tasa de política monetaria (TPM), donde variables como la “brecha” entre el producto efectivo y el potencial, y entre la inflación efectiva y la meta de la autoridad, son fundamentales.

En la versión 2003 de la tradicional conferencia de banqueros centrales, que se realiza anualmente en Jackson Hole, se plantearon importantes cuestionamientos a la hipótesis subyacente en la línea de investigación mencionada, en lo que dice relación a la posibilidad de que el manejo de política monetaria pueda organizarse en términos de reglas explícitas de movimiento de la TPM. En este trabajo se discuten los principales argumentos expuestos en dicha conferencia y, en particular, los planteamientos del mismo Alan Greenspan.

FRANCISCO ROSENDE R. Decano de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, P. Universidad Católica de Chile. Investigador asociado del Centro de Estudios Públicos.

* Agradezco los valiosos comentarios de Rodrigo Cerda y Rodrigo Vergara a una versión preliminar de este trabajo.

1. Introducción

“**A** sí el éxito de la Reserva Federal aparece como el resultado de una regla simple que podría ser imitada por las autoridades en el futuro, aun cuando ellas no tengan las habilidades especiales de Greenspan. Ésta es una buena noticia para el siglo XXI¹.”

Durante la última década se ha verificado un renovado interés entre los economistas dedicados a temas de política monetaria por el estudio y diseño de reglas que contribuyan a lograr un comportamiento más estable de las economías. Ello tanto en términos del nivel y variabilidad de la inflación, como de las fluctuaciones que observen el producto y el empleo.

Esta línea de trabajo se ha visto estimulada por la verificación de un prolongado período de crecimiento en los EE.UU., junto con bajas tasas de inflación, resultado que para muchos analistas e investigadores se explica —en buena medida— por una adecuada administración de la política monetaria.

Sin embargo, ha sido el propio Alan Greenspan quien ha cuestionado la idea de que la gestión de política monetaria pueda organizarse en torno a sencillas reglas de movimiento de las tasas de interés de corto plazo.

Estos planteamientos escépticos respecto a la posibilidad de hacer uso de sencillas reglas de política monetaria, como guía de la gestión de los bancos centrales, adquirieron fuerza en la versión 2003 de la Conferencia que organiza anualmente la Reserva Federal de Kansas City en Jackson Hole. En dicha ocasión se presentaron diversos trabajos —incluyendo la introducción realizada por el propio Greenspan—, en los que se plantearon dudas y cuestionamientos a la estrategia de trabajo mencionada, la que ha alcanzado una popularidad significativa en la agenda de investigación de los economistas dedicados a temas monetarios.

En la siguiente sección se revisan los fundamentos de la mencionada estrategia de trabajo, la que se identifica como la “nueva síntesis keynesiana”.

En las secciones 3 y 4 se describen y analizan los cuestionamientos que se formularon a dicha estrategia en la Conferencia de Jackson Hole 2003.

En la sección 5 se presentan las principales conclusiones.

¹ Ball y Tchaidze (2002).

2. El apogeo de las reglas “reactivas”

Durante la década de los 90 se verificó un proceso generalizado de caída de la inflación en las economías industrializadas, en un contexto de mayor estabilidad en la tasa de crecimiento del producto². En el caso específico de la economía norteamericana, la que por su tamaño concita un interés especial entre los economistas, dichos resultados se atribuyeron a la destreza con la que la Reserva Federal administró la política monetaria, bajo la conducción de Alan Greenspan³.

Así, desde su debut a la cabeza de dicho organismo, cuando en octubre de 1987 debió hacer frente a una violenta caída en los índices de precios accionarios, Greenspan exhibió la habilidad necesaria para actuar con flexibilidad y prontitud frente a los diferentes shocks que golpearon a la economía de los EE.UU. Ello en un contexto donde la mantención de una inflación baja y estable ha sido un objetivo prioritario de la política monetaria.

Esta actitud “reactiva” de la política monetaria seguida en los EE.UU. en los 90 se verificó en un contexto intelectual donde la validez de la “hipótesis de la tasa natural” parecía estar ampliamente asumida por la profesión, lo que hacía poco recomendable utilizar dicha política para perseguir un crecimiento más elevado del producto o una tasa de desempleo más baja. En este contexto, la estrategia de política monetaria más coherente con el estado del conocimiento de la profesión respecto a los efectos de la misma era sostener un crecimiento estable del dinero, en la línea propuesta por Milton Friedman (1968).

No obstante, la verificación de numerosos episodios en los que la puesta en marcha de una política de desinflación originó una caída importante en la tasa de crecimiento del producto real y/o un mayor desempleo, contribuyó a popularizar teorías de la oferta agregada en las que se supone la existencia de algún grado significativo de rigideces nominales en el corto plazo. En este contexto, se planteaba el espacio para utilizar la política monetaria con el propósito de estabilizar la trayectoria del producto y el empleo, dado que dicho resultado no podría ser alcanzado por los mercados actuando descentralizadamente, debido al lento ajuste de salarios y precios que parecía observarse en los datos. Luego, la adopción de una regla monetaria “del tipo $k\%$ ” recomendada por Friedman dejaba de ser

² Stock y Watson (2003) muestran como a partir de mediados de los 80 se verificó una caída sustancial en la volatilidad de la tasa de crecimiento del producto en las economías que conforman el G7.

³ Al respecto véanse Mankiw (2001) y Woodward (2000).

óptima⁴, planteándose el desafío de diseñar estrategias adecuadas de respuestas a shocks imprevistos, especialmente cuando éstos provenían del sector real de la economía⁵.

Por otro lado, la adopción de una estrategia del tipo $k\%$ parecía contradictoria con la evidencia disponible entonces para los EE.UU. y otras economías industrializadas, la que mostraba un comportamiento inestable de la demanda por dinero en el corto plazo.

2.1. La “regla de Taylor”

En el contexto expuesto alcanzó una gran repercusión el planteamiento realizado por John Taylor en 1993, en cuanto a la conveniencia de utilizar sencillas reglas de movimiento para la tasa de interés de política monetaria (TPM), y así contribuir más efectivamente al logro de un cuadro de baja inflación y relativa estabilidad en la trayectoria del producto y el empleo. En particular, en dicho artículo Taylor destaca el carácter de “regla” que tendría el establecimiento de una relación como la indicada en (1), entre los movimientos de la TPM y un cierto conjunto de indicadores macroeconómicos.

$$TPM_t = i_t^* = \rho + \pi' + 0,5y + 0,5(\pi' - \pi^*) \quad (1)$$

En esta ecuación ρ indica la tasa de interés real de equilibrio o “neutral”; π' la tasa de inflación promedio de los cuatro trimestres previos; π^* la tasa de inflación objetivo del banco central; mientras que la variable y indica la “brecha de producto”. Esto es, la diferencia entre el producto efectivo y el potencial.

Para Taylor (1993), las predicciones para la TPM que surgen de la aplicación de esta fórmula deberían añadirse a los demás indicadores con que cuentan los bancos centrales para efectos de resolver cuál es el nivel adecuado de dicha variable. De este modo, es importante subrayar la cautela con la que introduce lo que posteriormente se ha conocido como la “regla de Taylor”, en la medida en que ésta se plantea como una herramienta más dentro del proceso de determinación de la TPM. Sin embargo, en desarrollos posteriores, el diseño de reglas como (1) ha adquirido un

⁴ Este planteamiento se formula en Taylor (1979a), donde se presenta una evaluación econométrica de su teoría de contratos salariales, la que sustentaría la aplicación de una política monetaria reactiva.

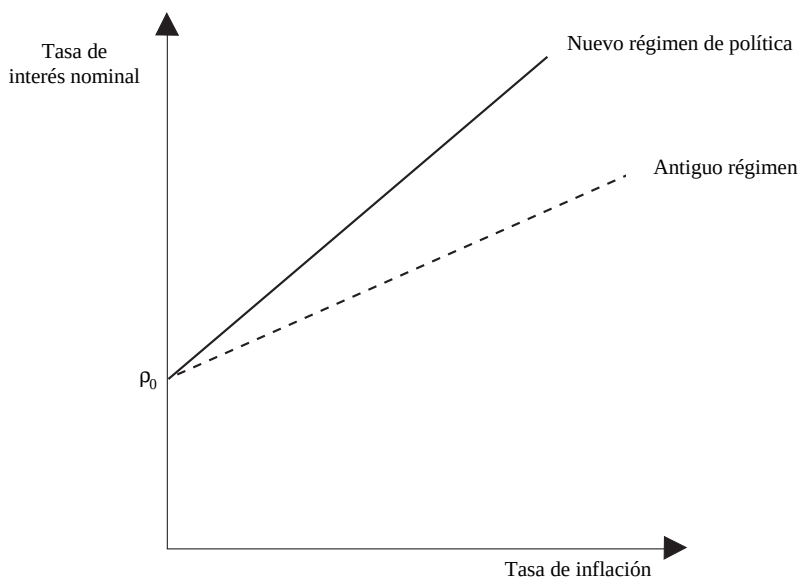
⁵ Una discusión de las diferentes teorías de la oferta agregada se plantea en Rosende (1999).

papel protagonista dentro del diseño de política monetaria, lo que se ha manifestado en una importante cantidad de investigaciones apuntadas a sustentar la adopción de las mismas.

En su ya clásico artículo de 1993, Taylor contrasta las predicciones de la ecuación (1) con la trayectoria efectivamente seguida por la TPM en los EE. UU. durante el período que había transcurrido de la administración Greenspan, encontrando que los niveles de ambas tasas eran sorprendentemente similares.

En investigaciones posteriores Taylor⁶ destaca cómo la adopción de una estrategia de política monetaria basada en reglas tan simples como la indicada, ha permitido mejorar el desempeño macroeconómico de diversas economías. Más aun, en Taylor (2002) se plantea como una de las causas de la declinación experimentada por la tasa de inflación en las economías industrializadas durante los 90, la mayor sensibilidad de respuesta de la TPM a los cambios en π' . Este cambio en la estrategia de política monetaria se expresa en la Figura N° 1, donde la línea de trazo continuo indica una elasticidad mayor que uno de la TPM a la inflación, mientras que en la de trazo discontinuo ésta es menor que uno.

FIGURA N° 1



⁶ Por ejemplo, véase Taylor (2000).

En Taylor (2001) se desarrolla una descripción metodológica de lo que denomina como “la nueva macroeconomía normativa”. Ésta apunta a establecer reglas como la indicada en (1), a partir de la introducción de una función de pérdida en modelos estructurales explícitos.

Como se señaló antes, en la mayoría de las investigaciones realizadas en el contexto de la línea de trabajo iniciada por Taylor se supone la existencia de algún grado de inflexibilidad de precios en el corto plazo. Ello como resultado del supuesto de que en la economía existiría un uso extendido de los contratos salariales⁷, los que se determinan en forma más o menos simétrica a lo largo del tiempo. Esto ocurre en un contexto de competencia monopolística⁸.

La influencia de la línea de trabajo iniciada por Taylor queda claramente de manifiesto en la enorme cantidad de artículos que se han publicado en los últimos años siguiendo esa línea como estrategia⁹.

Así, la combinación de estos desarrollos con un desempeño satisfactorio de las economías industrializadas a partir de mediados de los 80 hizo posible la reaparición del “optimismo” de los años 50. Ello en lo que se refiere a la posibilidad de diseñar estrategias de política monetaria eficientes para suavizar los ciclos de actividad. Esta vez, sin embargo, dicho logro podría conciliarse con un cuadro de estabilidad de precios.

Así, contrariamente al “pesimismo” surgido a mediados de los 70 —en el marco de la “revolución de las expectativas racionales”— respecto a la capacidad que tendría la política monetaria para atenuar los ciclos de actividad¹⁰, el mensaje que emanaba tanto de los trabajos liderados por Taylor como de la experiencia de la administración Greenspan era exactamente el opuesto. Esto es, sencillas reglas de movimiento de la TPM podrían realizar un aporte sustantivo al objetivo mencionado.

Este aporte podría expresarse en el movimiento de la economía hacia un punto sobre la “frontera de políticas eficientes”¹¹, como se indica en el paso de 1 a 2, en la Figura N° 2 —la que se presenta en Taylor 1979a—, para ilustrar la suboptimalidad de una regla monetaria “a la Friedman” en presencia de algún grado de inflexibilidad de precios. Esta curva se define para un cierto nivel de la varianza de los shocks reales que enfrenta la economía.

⁷ Los que resulta costoso modificar.

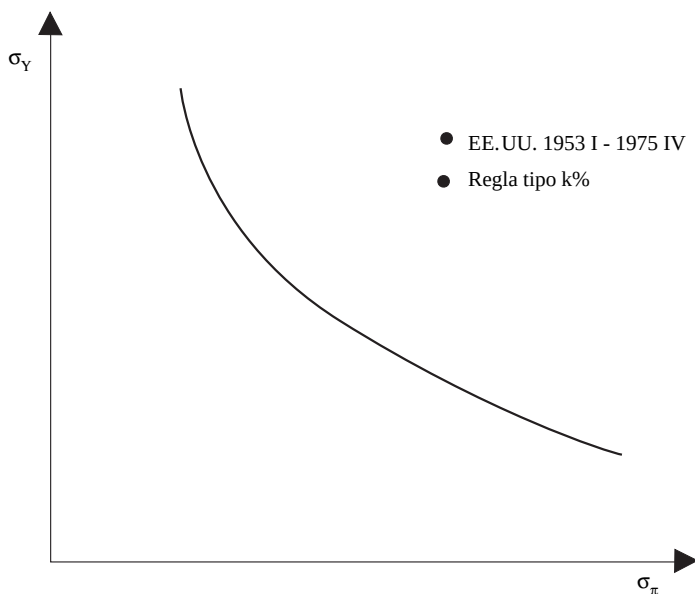
⁸ Una descripción sencilla de esta teoría se encuentra en Taylor (1979b).

⁹ Una parte importante de las investigaciones que se han realizado respecto a la “regla de Taylor” se encuentran en el sitio web de este economista. Al respecto véase <http://www.stanford.edu/~johntayl/PolRulLink.htm>

¹⁰ Por ejemplo, véase Lucas y Sargent (1981).

¹¹ Esta curva se origina en la existencia de algún grado significativo de inflexibilidad de los salarios reales en el corto plazo, lo que frente a shocks monetarios imprevistos lleva a que las autoridades monetarias deban optar entre estabilizar el producto o la inflación.

FIGURA N° 2



2.2. La “nueva síntesis keynesiana”

Trabajos posteriores, como el de Clarida, Gali y Gertler (1999) (CGG), avanzan en la elaboración de un marco macroeconómico alternativo a la teoría monetaria del ingreso nominal. Así, CGG derivan una regla óptima para seleccionar la TPM óptima, como resultado de la minimización de una función de pérdida como (2), sujeta a las restricciones impuestas por (3) y (4). La ecuación (3) puede interpretarse como una función IS, mientras que la (4) es una especie de “curva de Phillips” que describe una teoría de la inflación.

$$L = \frac{1}{2} E_t \left\{ \sum_{i=0}^{\infty} \beta^i [\alpha y_{t+i}^2 + \pi_{t+i}^2] \right\} \quad (2)$$

$$y_t = \varphi [i_t - E_t \pi_{t+1}] + E_t y_{t+1} + g_t \quad (3)$$

$$\pi_t = \lambda y_t + \beta E_t \pi_{t+1} + u_t \quad (4)$$

La variable g_t representa un shock de política fiscal, mientras que u_t indica un shock aleatorio sobre la inflación.

Bajo un esquema de discrecionalidad, donde la autoridad monetaria resuelve período a período su estrategia óptima, se obtiene una regla de tasa de interés como la indicada en (5), la que representa una versión *forward looking* de la regla de Taylor.

$$TPM_t = i_t^* = \gamma_\pi E_t \pi_{t+1} + \frac{1}{\phi} g_t \quad (5)$$

En la evaluación de diferentes reglas de movimiento de la TPM, CGG encuentran que si se añade un esquema de ajuste parcial en la TPM, de modo que ésta se mueva gradualmente al nivel establecido en (1) —como se indica en (6)—, se logra explicar satisfactoriamente el proceso de toma de decisiones de la Reserva Federal durante la administración Greenspan.

$$i_t = \delta i_t^* + (1 - \delta) - i_{t+1} \quad (6)$$

donde $0 < \delta < 1$

Una regla como la indicada en (6) se obtiene de minimizar una función de pérdida como la planteada por Woodford (2003), que incorpora como uno de los objetivos de la política monetaria la estabilización de los movimientos de las tasas de interés. Así, la función de pérdida en este caso es

$$L = \frac{1}{2} E_t \left\{ \sum_{i=0}^{\infty} \beta^i [\alpha_y y_{t+i}^2 + \pi_{t+i}^2 + \alpha_i (i_{t+i} - i^*)^2] \right\} \quad (7)$$

Son diversas las expresiones que ha tomado la estrategia iniciada por Taylor, siendo los trabajos desarrollados por Giannoni y Woodford (2002a y b) un hito importante entre los esfuerzos realizados por la profesión en orden a configurar una teoría más general y rigurosa, que sirva de base para sustentar estrategias óptimas de política monetaria.

Una buena síntesis del “optimismo” originado por la combinación Taylor-Greenspan se encuentra en un trabajo publicado por el primero en 1999, donde señala:

“Me impresionan varios de los hallazgos empíricos y de los resultados de simulaciones de modelos. Hay correlaciones significativas, a lo

largo del tiempo y a través de los países, entre las reglas aplicadas para las tasas de interés y el desempeño económico; estas correlaciones validan las predicciones teóricas respecto a cómo las políticas afectan al desempeño: las simulaciones de modelos muestran que reglas simples operan notablemente bien en una variedad de situaciones; ellas parecen ser aproximaciones sorprendentemente buenas de una política totalmente óptima”¹².

3. Reglas versus autoridades, otra vez

Durante los primeros años de la presente década y fines de la pasada, la economía mundial se vio expuesta a diversos episodios que han llevado a los economistas a preguntarse hasta qué punto se justificaba el “optimismo”, que se había desarrollado en los años previos, respecto a la capacidad estabilizadora de la política monetaria. Así, la sucesión de eventos, como las crisis financieras de Rusia y de varias economías asiáticas, junto con el auge y posterior colapso de los índices de precios bursátiles en diversas economías industrializadas, incluyendo a la propia economía norteamericana, han llevado a cuestionar la efectividad de que sencillas reglas de movimiento para la TPM puedan servir de guía para la política monetaria.

Así, los diferentes trabajos que se presentaron en la conferencia que organiza anualmente la Reserva Federal de Kansas City en Jackson Hole —la que ha pasado a constituirse en un importante punto de encuentro entre académicos y autoridades monetarias en los EE. UU.— apuntaron, en mayor o menor medida, a destacar las limitaciones que enfrenta el diseño de política monetaria en un mundo caracterizado por shocks y conflictos más complejos que lo descrito por una curva de Phillips tradicional.

En particular, cabe destacar la presentación realizada por el propio Alan Greenspan, quien defendió un enfoque de “manejo de riesgos”¹³, el que podríamos describir como de “discrecionalidad prudente”.

Para Greenspan es poco realista suponer que el diseño de política monetaria pueda estructurarse a partir de la estimación de modelos que habitualmente deben introducir importantes simplificaciones de la realidad, con el propósito de describir los rasgos centrales de una economía, para concluir en reglas como (1) o (6). En su presentación en Jackson Hole 2003 señaló al respecto: “Estos supuestos —linealidad [*linearity*] en la estructura de la economía, conocimiento perfecto de la sensibilidad al interés del gasto agregado y de los otros parámetros llamados ‘de pendiente’,

¹² Taylor (1999), p. 657.

¹³ Este enfoque se reitera en Greenspan (2004).

además de una actitud específica de las autoridades respecto al riesgo—nunca se cumplen en el mundo real”.

Además, plantea que el problema que enfrenta el banquero central consiste en adjudicar probabilidades de ocurrencia a determinados eventos que pudieran repercutir en los resultados que observen las variables que intervienen en su función objetivo. Así, a partir de este ejercicio se resuelve una determinada estrategia de política para cada caso¹⁴, la que privilegiará evitar desviaciones importantes en alguno de los objetivos de la Reserva Federal, aun cuando dicho evento tenga una baja probabilidad de ocurrencia.

Una ilustración de este planteamiento es la reducción en la TPM introducida por la Reserva Federal tras la irrupción de la crisis de deuda de Rusia en el segundo semestre de 1998, cuando la economía norteamericana observaba un rápido crecimiento de la actividad, lo que hacía innecesario—desde este punto de vista— una reducción de la TPM. Sin embargo, se prefirió evitar que como consecuencia del *default* de la deuda externa rusa se produjera un daño importante al funcionamiento de los mercados financieros internacionales, aun cuando dicho evento fuese poco probable.

En este ejercicio de evaluación de riesgos es crucial el instinto y buen juicio de las autoridades monetarias, puesto que sólo un número limitado de escenarios de riesgo puede ser cuantificado de un modo riguroso. Así, mirado en perspectiva, parece evidente que las autoridades monetarias no podían establecer—con un grado razonable de confianza— cuál podía ser el efecto del colapso del fondo de inversión Long Term Capital en 1998. Tampoco era fácil predecir cómo iba a desarrollarse la crisis asiática, o los alcances que podía tener el “pinchazo” de la burbuja bursátil en la propia economía norteamericana. Para este tipo de problemas de política monetaria—posiblemente los menos frecuentes pero sí los más importantes—, Greenspan sostiene que son de poca utilidad las reglas como (1) y los modelos econométricos que las sustentan.

“Algunos críticos han argumentado que ese enfoque para la adopción de una política es demasiado indisciplinado, dependiente de juicios [*judgemental*], aparentemente discrecional y difícil de explicar. Algunos concluyen que la Reserva Federal debería intentar mayor formalidad en sus operaciones y ajustar sus acciones únicamente a las prescripciones de una regla formal de política. Que algún enfoque de este tipo llegue a conducir a un mejoramiento en el desempeño económico es, sin embargo, altamente dudoso. Nuestro problema no radica en la complejidad de los modelos

¹⁴ Ello, no obstante que el marco general de referencia viene dado por el logro de una tasa de inflación de tendencia baja y razonablemente estable.

sino en la complejidad, mucho mayor, de una economía mundial cuyos vínculos subyacentes parecen encontrarse en un permanente estado de fluctuación¹⁵.”

3.1. El problema del *second best*

En la misma conferencia de Jackson Hole 2003, el economista de la Universidad de California, Santa Cruz, Carl Walsh presentó un trabajo que comienza señalando que la mayoría de los trabajos que se han desarrollado en el contexto del diseño de reglas óptimas de política monetaria —en la línea iniciada por Taylor— ignoran los problemas que plantean, para la implementación de éstas, el cambio estructural en la economía y la incertidumbre.

Concretamente, Walsh destaca que los bancos centrales no conocen cuál es el “verdadero modelo estructural” de la economía. Más aun, tampoco pueden observar de un modo preciso las variables que son necesarias para diseñar las reglas óptimas.

De hecho, el problema que plantea la frecuente ausencia de datos confiables para los diferentes indicadores requeridos para diseñar una estrategia monetaria como (1) o (5) no es menor. Así, es habitual que los bancos centrales deban tomar decisiones de política en un período “*t*”, sólo con información confiable para “*t-j*” y, a partir de ésta, den una estimación para el valor de estas variables en “*t*”. De este modo, en la práctica, la regla (1) se expresaría como

$$TPM_t = i_t^* = \rho + \pi' + 0,5P \left[y_t \mid I_{t-j} \right] + 0,5 (\pi' - \pi^*) \quad (8)$$

El reconocimiento del problema de información que plantea el cambio desde (1) hasta (8) no es irrelevante, como lo indican estudios recientes que apuntan a establecer la forma en que ha evolucionado la política monetaria en los Estados Unidos en las últimas cuatro o cinco décadas. En efecto, mientras Taylor (2002) y otros economistas como CGG (2000) han sostenido que la principal causa de la menor inflación y mayor estabilidad que ha registrado la economía de los EE.UU. en los años 90 —respecto a lo ocurrido en los 70— se encuentra en el incremento que habría experimentado la elasticidad de la TPM respecto a la inflación, para otros, como Orphanides (2003a y 2003b), la realidad es diferente. Así, Orphanides sostiene que entre ambos períodos no hubo cambios importantes en el

¹⁵ Greenspan (2003).

enfoque de política monetaria en la Reserva Federal, sino que diferencias en la magnitud de los shocks reales que enfrentó la economía en cada período. De este modo, en los años 70 las autoridades monetarias se habrían enfrentado a mayores shocks reales¹⁶, lo que dificultó la estimación de la “brecha de producto”, contrariamente a lo ocurrido en los 90.

En esta perspectiva, para Orphanides una evaluación más justa de la gestión de la política monetaria en los 60 y 70 requeriría contrastar lo que ocurrió con los coeficientes de una regla como (8), pero reconociendo explícitamente la restricción de información de la política monetaria.

De esta manera, una vez que realiza el ejercicio de construir (8)¹⁷, dado $P[y_t | I_{t-j}]$, Orphanides concluye que no hubo cambios importantes en la estrategia de política monetaria.

Un planteamiento similar al de Orphanides realizan Stock y Watson en otro trabajo presentado en la conferencia de Jackson Hole 2003. En éste se señala que la mayor estabilidad que registró la economía norteamericana en los 90 no puede adjudicarse a una mayor eficacia de la política monetaria, sino que a la presencia de menores shocks reales. En términos de la Figura N° 3, se habría producido un desplazamiento descendente de la “frontera de políticas eficientes”, lo que habría posibilitado un movimiento de la economía desde el punto A al B¹⁸.

Lo dicho, sin embargo, no impide reconocer el mejoramiento en la calidad de la política monetaria en las economías industrializadas a partir de fines de los 70. Por el contrario, gracias a ello se pudo lograr una menor inflación, lo que constituye el verdadero aporte de la política monetaria. Sin embargo, del trabajo de Stock y Watson se concluye que no sería apropiado adjudicarle al manejo monetario el mérito por la mayor estabilidad en el crecimiento de la actividad, por cuanto la causa de ello estaría lejos de la esfera de dicha política.

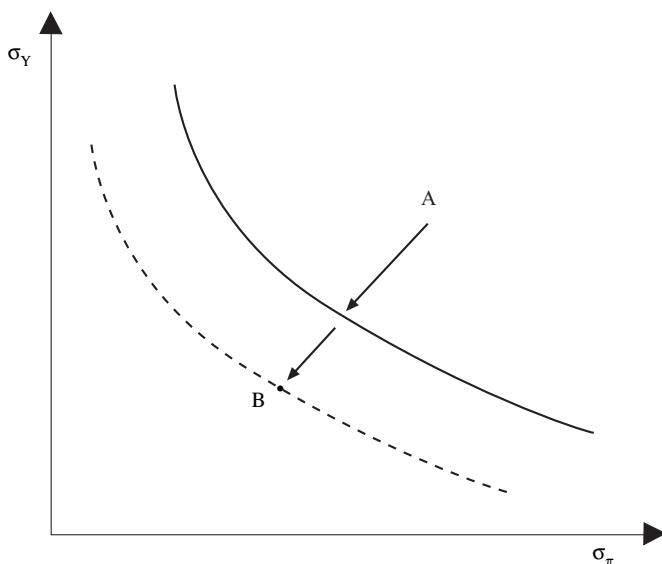
En Walsh (2003) se reconoce el problema que plantea la estimación de la “brecha de producto” para la aplicación de reglas monetarias óptimas

¹⁶ Por ejemplo, asociado a incrementos importantes en el precio internacional del petróleo, en un contexto donde las economías industrializadas no se encontraban preparadas para ello.

¹⁷ Por simplicidad se ha centrado el argumento en los problemas de estimación de la brecha de producto. No obstante, es habitual que paralelamente se plantee la misma dificultad para establecer cuál es la “tasa de interés neutral” o, alternativamente, cuál es la tasa de crecimiento del dinero coherente con un cierto objetivo de inflación.

¹⁸ Es importante destacar que el mencionado desplazamiento de la “frontera de políticas eficientes” no sólo puede explicarse por menores shocks reales, sino que además por mejoramientos en la capacidad de la economía para hacer frente a éstos. Dicho resultado puede deberse a un mayor desarrollo financiero o a mejoramientos de la eficiencia de los mercados internos y, en particular, del mercado del trabajo.

FIGURA N° 3



como (1)¹⁹. A ello se añadiría el problema de establecer, de un modo más o menos preciso, la persistencia de la inflación y de los diferentes shocks que golpean el equilibrio macroeconómico.

Frente al problema que plantea la estimación de la “brecha de producto”, Walsh propone utilizar en (8) el cambio en la estimación de la brecha más que el nivel estimado de ésta, como se indica en (9).

$$TPM_t = i_t^* = \rho + \pi' + \theta_{\Delta y} \{P[y_t | I_{t-j}] - P[y_{t-1} | I_{t-j-1}]\} + \theta_\pi (\pi' - \pi^*) \quad (9)$$

Respecto al problema que plantea la incertidumbre, tanto en lo que se refiere a la persistencia de los shocks que enfrenta la economía como a la elasticidad de la función de demanda agregada a cambios en las tasas de interés, la recomendación de Walsh es introducir una mayor inercia en los movimientos de la TPM, en la línea planteada en (6). Obviamente esta estrategia puede no ser inocua, en la medida en que la mantención de la TPM por un tiempo prolongado contribuya a amplificar un desequilibrio que hubiese hecho recomendable una reacción más ágil de la autoridad.

Siguiendo la recomendación implícita en el planteamiento realizado por Greenspan en la misma conferencia, en orden a actuar preventivamente

¹⁹ Este problema ha sido subrayado por McCallum (1999) y (2001)

frente a la posible irrupción de escenarios muy adversos, aun cuando éstos tengan una baja probabilidad, Walsh sugiere “distorsionar” los modelos usados para el diseño de política monetaria, con el fin de reducir los riesgos que plantea la incertidumbre. Así, junto con el reemplazo de variables como la brecha de producto en la línea antes expuesta, recomienda suponer un mayor grado de inercia inflacionaria que el que informan los modelos econométricos. Ello debido a los costos reales que ocasionaría el subestimar esta propiedad de la serie de inflación.

En la misma línea de “prudencia monetaria”, Svensson (2003) recomienda usar diferentes modelos alternativos para evaluar la trayectoria de la variable objetivo bajo diferentes esquemas de política monetaria y contexto macro. Para escenarios más complejos, los que no resulta adecuado caracterizar usando el tradicional supuesto de una función de pérdida cuadrática y mecanismos de transmisión lineal, Svensson recomienda diseñar distribuciones de probabilidades respecto a la evolución de las variables objetivo, las que servirían de base para la decisión de las autoridades.

Aun cuando esta estrategia puede generar reglas “robustas”, no se resuelve el problema de incertidumbre que plantean shocks como el ataque a las torres de Nueva York, la crisis asiática, la caída del LTC u otro evento similar²⁰. De hecho en episodios como los señalados no parece posible diseñar tales distribuciones, por cuanto se trataría de escenarios caracterizados por una concepción de incertidumbre como la planteada por Frank Knight. Esto es, se trata de situaciones en buena medida inéditas, tanto por el conjunto de condiciones que las rodean como por los hechos mismos, lo que impide elaborar una distribución de probabilidades respecto a cuáles pueden ser las consecuencias de éstos. Por lo tanto, el curso de acción a seguir por las autoridades monetarias sólo dependerá del instinto de éstas, más que de una evaluación cuantitativa de los costos y beneficios de cada camino²¹.

4. El problema financiero

En la misma Conferencia de Jackson Hole (2003), Borio y White (ByW), dos economistas del BIS, presentaron un trabajo en el que destacan la importancia de los problemas que pueda observar el sector financiero

²⁰ Por ejemplo, una pregunta pertinente a la experiencia reciente de política monetaria en Chile fue el establecimiento de una conjetura razonable respecto a los alcances del episodio “Inverlink-jarrón” sobre la industria de los fondos mutuos y la demanda por liquidez de la economía.

²¹ Reaparece entonces la idea de la banca central como un “arte”, a pesar de todos los desarrollos que han ocurrido en este ámbito.

como fuente de desequilibrios macroeconómicos. Desde su perspectiva, un enfoque de política monetaria que restringe su atención al logro de una cierta meta inflacionaria puede permitir la incubación de desequilibrios de importancia en el sector financiero. Éstos no sólo afectarán a la actividad económica y al empleo en el futuro, sino que además comprometerán a futuro el éxito de la misma estrategia de metas de inflación.

“La tesis consiste en que la conjunción de un sistema financiero liberalizado con funciones de reacción de la política monetaria que responden únicamente a presiones inflacionarias de corto plazo y no al desarrollo de desequilibrios financieros, puede desafortunadamente elevar la elasticidad de la economía más allá de los límites deseables. Esta noción busca capturar el potencial inherente que tiene el sistema para permitir el desarrollo en el tiempo de desequilibrios financieros.”²²

Para ByW, la generalizada tendencia mundial a sostener mercados financieros libres y competitivos, lo que ha dado origen a una creciente sofisticación de la actividad financiera —especialmente en las economías más desarrolladas—, ha configurado una amenaza potencial a la estabilidad económica. De hecho en su estudio encuentran que desde los 80 en adelante el mundo ha visto acrecentarse la frecuencia y severidad de los episodios de crisis financiera. En su terminología, el sistema se ha hecho más “elástico” —vulnerable— a la acumulación de desequilibrios financieros. Éstos podrían configurarse tanto en el precio de los activos como en los balances agregados, los que, además de ser difíciles de detectar, no forman parte de la función objetivo de la autoridad monetaria. Una ilustración de este punto es la mayor volatilidad de mediano plazo que encuentran, tanto en el precio de los activos como en el crédito agregado como porcentaje del PIB en numerosas economías a partir de mediados de los 80. En particular, subrayan que a través de dos “brechas” es posible predecir —en forma relativamente certera— la eventualidad de crisis bancarias: los movimientos “anormales” en el coeficiente entre crédito al sector privado y PIB; y en el precio de las acciones²³.

De su planteamiento, ByW no concluyen que la liberalización financiera sea inconveniente, sino que al contrario²⁴. Sin embargo, ellos plantean que junto con ella es necesario establecer las salvaguardias necesarias para cautelar la estabilidad financiera y macroeconómica, tarea que

²² Borio y White (2003), p. 1.

²³ Ajustado por inflación.

²⁴ Más aun, una causa posible de la caída en la volatilidad del crecimiento experimentado por las economías del G7 a partir de mediados de los 80 es el desarrollo de esquemas descentralizados de estabilización, a partir de la consolidación de mercados financieros más profundos y sofisticados.

consideran ha ido detrás de los problemas que ocasiona la misma innovación dentro de esta industria.

En particular, señalan que los agentes económicos se encuentran mejor equipados para evaluar y administrar el riesgo en un momento del tiempo —por ejemplo, entre empresas o sectores— que para determinar cómo evoluciona este riesgo. Un ejemplo se encuentra en los episodios de fuertes incrementos en el precio de las acciones por los que atravesaron algunas economías industrializadas en los 90 —como los EE.UU. e Inglaterra—, no obstante las generalizadas sospechas de los analistas de que los precios bursátiles que generaba este proceso no eran sostenibles. Sin embargo, este proceso de inflación de precios de activos no se detuvo sino hasta que estuvo muy avanzado, con los consecuentes problemas que ello ocasionó²⁵, más los que son inherentes al proceso mismo y que aflorarían en un futuro próximo²⁶.

El trabajo de ByW desecha la utilidad de una estrategia que visualiza los ciclos económicos como el resultado de una sucesión de shocks aleatorios de corta vida, subrayando las no linealidades que —a su juicio— caracterizarían el ciclo. Así, retoman las ideas expuestas, entre otros, por Hayek (1933), en cuanto a que las contracciones de la actividad económica resultan de la acumulación de desequilibrios en las decisiones de consumo intertemporal e inversión, los que en un momento dado emergen con fuerza, forzando entonces a realizar costosos ajustes en la economía.

En esta perspectiva, el diseño de una política monetaria a partir de un marco de referencia como el antes expuesto plantea un riesgo importante para la economía. Ello por cuanto en esta estrategia la autoridad monetaria tiende a desatender lo que ocurre en los diferentes indicadores financieros y bursátiles de la economía, lo que podría llevar a la incubación de importantes desequilibrios macroeconómicos, aun cuando con anterioridad a la irrupción de éstos la economía se hubiese mantenido dentro de la “frontera de políticas eficientes”²⁷.

Una línea de argumentación similar se plantea en Goodhart y Hoffmann (2001), quienes, tras examinar la experiencia británica de la segunda parte de la década pasada, cuestionan el manejo realizado entonces de la

²⁵ Por ejemplo, un elevado nivel de endeudamiento del sector privado, sobre la base de estimaciones de riqueza que no se materializaron.

²⁶ Ello como consecuencia de un inevitable proceso de ajuste en el exceso de gasto de la economía norteamericana, el que en algún momento tendrá que verificarse.

²⁷ Una ilustración de este planteamiento se refiere al satisfactorio desempeño observado por la economía norteamericana —en términos de la trayectoria de la inflación y el crecimiento del producto— hasta que se materializó el “pinchazo” de la burbuja bursátil, en el año 2001.

política monetaria, a partir de esquemas conceptuales como el indicado en las ecuaciones (2), (3) y (4). Ello por cuanto dicho marco analítico excluye el movimiento de los agregados monetarios y el de los precios de los activos, variables que a su juicio contribuyen en forma importante a explicar la trayectoria de la inflación y la actividad. En esta perspectiva, la concentración del análisis en las desviaciones de la inflación y del producto respecto a ciertos niveles de tendencia llevaría a soslayar el hecho de que la política monetaria actúa con rezagos y a través de diferentes canales, como por ejemplo el movimiento en el precio de las acciones y el de las propiedades inmobiliarias.

Para ByW, el hecho de que la Reserva Federal haya concentrado su atención en variables como las que aparecen en el lado derecho de (1), explica la mantención de niveles extremadamente bajos en las TPM en los últimos años, lo que contribuyó a alimentar un auge en el precio de las propiedades inmobiliarias y la acumulación de desequilibrios financieros en el balance de personas y empresas en los EE. UU.²⁸

Una conclusión importante del trabajo de ByW es que el mismo desarrollo del sector financiero ha cambiado de un modo sustancial la dinámica de corto plazo de las economías. En particular, en lo que se refiere a los mecanismos de transmisión de la política monetaria, lo que constituye en sí mismo un problema para el diseño de reglas de política a partir de la estimación de una cierta estructura económica que está experimentando movimientos importantes. Consecuentemente, sería ingenuo utilizar un modelo macroeconómico en el cual los desequilibrios monetarios se trasladan de un modo rápido y directo al mercado de bienes, lo que permitiría asociar los movimientos de la “brecha de producto” con las presiones inflacionarias subyacentes²⁹. Así, una vez que se considera la existencia de acciones, bonos, bienes durables y propiedades, ya no es razonable suponer que la “brecha de producto” será un predictor eficiente de la inflación, puesto que en este contexto —ciertamente más acorde con lo que se observa en la realidad— existen diversos canales a través de los que puede manifestarse un desequilibrio monetario antes de traducirse en la trayectoria de los precios³⁰.

²⁸ Borio y White (2003), p. 33.

²⁹ Esta idea se desarrolla en Rosende (2003).

³⁰ En la óptica monetarista, el nexo va desde un desequilibrio en el mercado monetario hasta en el resto de los mercados, incluyendo el mercado bursátil y el de los bienes durables. En esta perspectiva, centrar la atención de la política monetaria en la “brecha de producto” lleva a soslayar la existencia de otros canales de transmisión de la misma hacia el ingreso nominal. Ello lleva a desconocer la presencia de algún síntoma de desequilibrio diferente de la brecha de producto, lo que restará efectividad y oportunidad a la acción estabilizadora de esta política.

La misma experiencia reciente de EE.UU. e Inglaterra en materia de inflación bursátil ha dado origen a una discusión respecto a la conveniencia de introducir indicadores de precios de activos en una “regla de Taylor”³¹, siendo la conclusión predominante que ello no es recomendable, por cuanto dicha estrategia supone que los bancos centrales conocen cuál es el nivel de equilibrio de dichos precios, lo que obviamente es irreal. No obstante, parece claro que en los últimos años este tema se insertó en el debate de política monetaria, complicando con ello el uso y popularidad de reglas de movimiento de la TPM como (1) y (2).

Junto con subrayar la importancia de todas aquellas políticas orientadas a cautelar la estabilidad del sistema financiero, ByW destacan como responsabilidad de la política monetaria el establecimiento de un “anclaje” en el proceso de creación de liquidez, de modo que se garantice un suministro estable de éste a la economía. A su juicio, este anclaje ayudará a reducir la “elasticidad” de la economía, apoyando entonces la aplicación de políticas financieras prudenciales.

Aun cuando el análisis de esta propuesta es un tema que excede el propósito del presente artículo, es evidente la similitud de ésta con la clásica propuesta de Friedman (1968) en orden a sostener un crecimiento estable del dinero en el mediano plazo. En particular, considerando que las interrupciones en el suministro normal de dinero a la economía suelen afectar a la oferta global de crédito, siendo la “Gran Depresión” de los años treinta el ejemplo clásico de este planteamiento. Sin embargo, el monitoreo de los movimientos del crédito financiero —al igual que ocurre con el dinero— no ofrece una opción concreta para el manejo de la política monetaria de corto plazo, como consecuencia de los movimientos imprevistos que puede experimentar la demanda de aquél. Más aun, no es fácil para el banco central influir de una manera cuantitativamente certera sobre la trayectoria del crédito y el dinero en el corto plazo. Sin embargo, sí se debe atender la evolución de estas variables en cualquier regla que se establezca, en particular en lo que se refiere al dinero, debido a su decisiva influencia en la trayectoria de mediano plazo de la inflación.

5. Conclusiones

El vigor mostrado por el crecimiento de la economía de los Estados Unidos a partir de mediados de los años 80 y hasta fines de la década siguiente, en un contexto de una inflación muy reducida, ha motivado el

³¹ Al respecto véanse, por ejemplo, Bernanke y Gertler (2001) y Filardo (2000).

interés de los economistas por elaborar conceptualmente el tipo de regla de política, después de lo que ha sido calificado como una exitosa gestión de la Reserva Federal en dicho período. En este ejercicio los aportes de John B. Taylor han alcanzado una influencia destacada, al punto que en la última década se han desarrollado una cantidad importante de trabajos destinados a establecer los fundamentos conceptuales de “reglas óptimas” de movimiento de la TPM, en la línea iniciada por Taylor (1993).

La frase de L. Ball y R. R. Tchaizze (2002) citada al inicio de este trabajo ilustra elocuentemente dos rasgos de la investigación reciente: 1) La búsqueda de una explicación conceptual satisfactoria para el proceso de toma de decisiones seguido por la Fed, desde que Alan Greenspan se hizo cargo de ésta; 2) El “optimismo” de muchos economistas en cuanto a que resultaría posible diseñar reglas de movimiento para la TPM que permitan atenuar las fluctuaciones de la actividad económica. Todo ello en un contexto de baja inflación.

Sin embargo, ha sido el mismo Greenspan (2003) y (2004) quien ha advertido acerca de la ingenuidad de tales formulaciones teóricas. Partiendo de un diagnóstico similar al popularizado a partir de mediados de los 80 por la “revolución de las expectativas racionales”, ha destacado el carácter cambiante de las estructuras económicas, junto con la frecuente aparición de episodios novedosos, los que plantean desafíos difícilmente abordables a través de reglas explícitas de política.

No obstante, para Greenspan, de aquí no se infiere que deba seguirse una regla monetaria “a la Friedman”³², por cuanto la inestabilidad de corto plazo de la demanda por dinero haría poco recomendable adoptar dicha estrategia. Además, el mismo carácter cambiante de los desafíos de la política monetaria haría aconsejable otorgar un grado importante de “discrecionalidad” a las autoridades monetarias. Ello de modo que éstas resuelvan —sobre la base de un “caso a caso”— cuál es la estrategia adecuada.

El enfoque “manejo de riesgos” propiciado por Greenspan ha adquirido cierta popularidad tras la verificación de una serie de episodios —principalmente de crisis financieras³³— que motivaron una activa intervención de la Reserva Federal en el mercado financiero, con el propósito de contener las repercusiones de estos episodios.

Para Greenspan, la estrategia óptima en cada caso fue diferente, y apuntó a reducir la probabilidad de ocurrencia del “mal mayor”, aunque inicialmente fuese relativamente baja. Así, las particularidades de cada episodio impiden —a su juicio— que la estrategia óptima de política mo-

³² De crecimiento constante del dinero a lo largo de un cierto período.

³³ Tanto en los EE.UU. como en el resto del mundo.

netaria pueda reducirse al resultado que entrega un sencillo esquema conceptual como el expuesto en (2), (3) y (4).

De lo anterior no debe desprenderse que la profesión haya sido incapaz de lograr avances de importancia en el ámbito de la economía monetaria en los últimos treinta años³⁴. Por el contrario, pareciera que existe un grado significativo de coincidencia en lo que se refiere a los efectos de mediano plazo de la política monetaria, los que podemos resumir en dos principios básicos: 1) La inflación es en último término un fenómeno monetario. Luego, para mantener una inflación baja en el mediano plazo se requiere vigilar cuidadosamente la trayectoria de los agregados monetarios, aunque en el corto plazo la relación entre dinero e inflación sea débil³⁵. 2) En el largo plazo la política monetaria no puede conquistar efectos positivos sobre el desempeño real de la economía. Más aun, de existir efectos favorables sobre la actividad y el empleo, éstos operarían a través del logro de una inflación baja y estable y no de un manejo monetario expansivo.

A estos principios básicos habría que añadir un tercero, vinculado con la influencia del entorno dentro del cual se ejecuta la política monetaria: 3) Un marco institucional que contribuya al logro de una autonomía efectiva del banco central respecto al gobierno es un aporte importante al logro de un cuadro de baja inflación y estabilidad macroeconómica.

El problema habría que circunscribirlo entonces al manejo de corto plazo, en que la aparente inestabilidad de la demanda por dinero llevó a concentrar el análisis en el diseño de reglas de movimiento de la TPM. Es en este punto donde el mensaje que surge de la Conferencia de Jackson Hole 2003 adquiere importancia, en la medida en que las diferentes ponencias allí expuestas apuntaron a destacar las limitaciones prácticas que plantea concentrar el análisis y administración de la política monetaria en términos de reglas como (1) o (6).

El principal mensaje de la Conferencia es que la realidad es mucho más compleja y cambiante de lo que podría expresarse en una construcción teórica, por compleja que ésta sea. Luego, el diseño de reglas de tasas de interés “del tipo Taylor” sólo debe visualizarse como un instrumento más

³⁴ Período en que la denominada “revolución de las expectativas racionales” puso en la agenda la discusión rigurosa del diseño de política monetaria en un contexto de agentes racionales.

³⁵ La solidez de la relación de mediano plazo entre dinero e inflación se encuentra bien documentada. Ésta se reconoce en el planteamiento realizado por Greenspan en Jackson Hole 2003.

Una discusión al respecto se encuentra en Rosende (2003).

dentro del proceso de evaluación y análisis de la realidad, y no como el elemento central de dicho ejercicio³⁶.

En una versión más moderna y sofisticada de la postura a favor de la “discreción” en el manejo de la política monetaria, Greenspan destaca la importancia del buen banquero central, que con buen juicio y adecuados conocimientos técnicos es capaz de “leer correctamente los datos” y definir los riesgos inherentes a las opciones que la coyuntura le plantea.

En este contexto, donde no se estima recomendable el establecimiento de algún tipo de regla explícita que restrinja la capacidad de manioobra de las autoridades monetarias, adquiere especial importancia el diseño de un marco institucional coherente con el logro de cuadro duradero de estabilidad monetaria. Ello no sólo en términos de plantear un conjunto de incentivos coherentes con el logro de un cuadro de estabilidad macroeconómica³⁷, sino que además a través de un diseño que contribuya a seleccionar como autoridades del banco central a personas capaces de materializar dicho objetivo³⁸. Siguiendo el consejo de Rogoff (1985), se trataría entonces de diseñar mecanismos de selección para los cargos de autoridades monetarias, de modo que éstas sean fuertemente aversas a la inflación, a lo que debería añadirse algún tipo de evaluación del grado de conocimiento del “candidato a banquero central” respecto de la forma en que operan los mercados financieros y de los costos que podría ocasionar una eventual interrupción en su normal funcionamiento. Ello además de un planteamiento explícito acerca de los costos que ocasiona la inflación.

En esta perspectiva, más que invertir en el diseño de fórmulas que repliquen las reglas de análisis y decisión que usa Alan Greenspan, parece adecuado destinar recursos para lograr que el proceso político —que actúa como Departamento de Selección de Personal, cuando se trata de seleccionar a quienes se desempeñarán como autoridades del banco central— desarrolle la metodología adecuada para “contratar a otro Greenspan” cuando ello corresponda.

³⁶ Este planteamiento es perfectamente coherente con lo señalado en Taylor (1993), donde se recomienda añadir una regla como (1) al conjunto de herramientas que utiliza el banco central en el diseño de política monetaria.

³⁷ Por ejemplo, el otorgamiento de autonomía al banco central, o el establecimiento de compensaciones económicas a sus directivos en función del grado de cumplimiento de determinados objetivos. En particular, en lo que se refiere a objetivos de inflación.

³⁸ Un trabajo interesante en esta línea es Romer y Romer (2003).

REFERENCIAS

- Ball, L. y R. R. Tchaidez: "The Fed and the New Economy". En *American Economic Review*. Vol. 92, N° 2, mayo 2002, pp. 108-114.
- Bernanke, B. S. y M. Gertler: "Should Central Banks Respond to Movements in Asset Prices?", *American Economic Review, Papers and Proceedings*, junio 2001.
- Borio, C. y W. White: "Whiter Monetary and Financial Stability?: The Implications of Evolving Policy Regimes". Jackson Hole Symposium on "Monetary Policy under Uncertainty: Adapting to a Changing Economy", agosto 2003.
- Clarida, R., J. Gali y M. Gertler: "The Science of Monetary Policy: A New Keynesian Perspective". En NBER Working Paper N° 7147, mayo 1999.
- Clarida, R., J. Gali y M. Gertler: "Monetary Policy Rules and Macroeconomic Stability: Evidence and Some Theory". En *Quarterly Journal of Economics*, 115, 2000, pp. 147-180.
- Filardo, A. J.: "Monetary Policy and Asset Prices". En *Economic Review*, tercer trimestre 2000, Federal Reserve Bank of Kansas City, pp. 11-37.
- Friedman, M.: "The Role of Monetary Policy". En *American Economic Review*, 58, marzo 1968, pp. 1-17.
- Friedman, M. y A. Schwartz: *A Monetary History of the United States, 1867-1960*. Princeton: Princeton University Press, 1963.
- Giannoni, M. y M. Woodford: "Optimal Interest Rate-Rules I: General Theory". En NBER Working Paper N° 9419, diciembre 2002a.
- Giannoni, M. y M. Woodford: "Optimal Interest Rate-Rules II: Applications". En NBER Working Paper N° 9420, diciembre 2002b.
- Goodhart, C. y B. Hofmann: "Monetary Policy and Asset Prices". Mimeo, Financial Market Grove, London School of Economics, 2001.
- Greenspan, A.: "Monetary Policy under Uncertainty: Introductory Remarks". Jackson Hole Symposium on "Monetary Policy under Uncertainty: Adapting to a Changing Economy", agosto 2003.
- Greenspan, A.: "Risk and Uncertainty in Monetary Policy". *Remarks at the Meetings of the American Economic Association*. San Diego, California, enero 2004.
- Hayek, F. A.: *Monetary Theory and Trade Cycle*. Clifton, New Jersey, 1933.
- Lucas, R. y T. J. Sargent: "After Keynesian Macroeconomics". En R. E. Lucas y T. J. Sargent (eds.), *Rational Expectations and Econometric Practice*. Vol. I. The University of Minnesota Press, 1981.
- Mankiw, N. G.: "V. S. Monetary Policy During the 1990s". Discussion Paper 1927, Harvard Institute of Economic Research, agosto 2001.
- McCallum, B. T.: "Issues in the Design of Monetary Policy Rules". En J. B. Taylor y M. Woodford (eds.), *Handbook of Macroeconomics*. Vol. 1 B. North Holland, 1999.
- McCallum, B. T.: "Should Monetary Policy Respond Strongly to Output Gaps?" En *American Economic Review*, 91 (2), mayo 2001, pp. 258-262.
- Orphanides, A.: "Monetary Policy Evaluation with Noisy Information". En *Journal of Monetary Economics*, 50 (3), abril 2003a, pp. 605-631.
- Orphanides, A.: "The Quest for Prosperity without Inflation". En *Journal of Monetary Economics*, 50 (3), abril 2003b, pp. 633-663.
- Rogoff, K.: "The Optimal Degree of commitment to an Intermediate Monetary Target". En *Quarterly Journal of Economics*, 100, noviembre 1985, pp. 1169-1190.

- Romer, C. D. y D. H. Romer: "Choosing the Federal Reserve Chair: Lessons from History". En NBER Working Paper N° 10161, diciembre 2003.
- Rosende, F.: *Teoría Macroeconómica: Ciclos Económicos, Crecimiento e Inflación*. Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile, 1999.
- Rosende, F.: "La Conducción de la Política Monetaria". En *Documento de Trabajo* N° 247, Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003.
- Stock, J. H. y M. W. Watson: "Has the Business Cycle Changed? Evidence and Explanations". Jackson Hole Symposium on "Monetary Policy under Uncertainty: Adapting to a Changing Economy", agosto 2003.
- Svensson, L. E. O.: "What is Wrong with Taylor Rules? Using judgement in Monetary Policy through Targeting Rules". En *Journal of Economic Literature*, junio 2003, pp. 426-477.
- Taylor, J. B.: "Estimation and Control of a Macroeconomic Model with Rational Expectations". En *Econometrica*, Vol. 47, N° 5, 1979a.
- Taylor, J. B.: "Staggered Wage Setting in a Macro Model". En *American Economic Review*, 69, mayo 1979b, pp. 108-113.
- Taylor, J. B.: "Discretion versus Policy Rules in Practice". En *Carnegie-Rochester Conferences Series on Public Policy*, Vol. 39, 1993, pp. 195-214.
- Taylor, J. B.: "The Robustness and Efficiency of Monetary Policy Rules as Guidelines for Interest Rate Setting by the European Central Bank". En *Journal of Monetary Economics*, 43, 1999, pp. 655-679.
- Taylor, J. B.: "Using Monetary Policy Rules in Emerging Market Economies". Trabajo presentado en la Conferencia de Celebración de los 75 años del Banco de México, noviembre 2000.
- Taylor, J. B.: "The Monetary Transmission Mechanism and the Evaluation of Monetary Policy Rules". En N. Loayza y K. Schmidt-Hebbel (eds.), *Monetary Policy: Rules and Transmission Mechanisms*. Banco Central de Chile, 2001.
- Taylor, J. B.: "A Half-Century of Changes in Monetary Policy". Comentarios presentados en Conferencia en honor de Milton Friedman. Mimeo, noviembre 2003.
- Walsh, C. E.: "Implications of a Changing Economic Structure for the Strategy of Monetary Policy". Jackson Hole Symposium on "Monetary Policy under Uncertainty: Adapting to a Changing Economy", agosto 2003.
- Woodford, M.: *Interest & Prices; Foundations of a Theory of Monetary Policy*. Princeton University Press, 2003.
- Woodward, B.: *Maestro: Greenspan's Fed and the American Boom*. New York: Simon and Schuster, 2000. □

TRIBUTACIÓN Y MINERÍA EN CHILE: ANTECEDENTES PARA UN DEBATE INFORMADO

**Francisco Javier Leturia
y Álvaro Merino**

Durante el último año el país ha sido testigo de un intenso debate en torno al tema de la tributación minera. Este debate se plantea inicialmente por el cuestionamiento que realizan algunos sectores al régimen tributario aplicable a la actividad minera y al comportamiento de las empresas del sector en materias que incidirían en el monto de los impuestos que éstas enteran en arcas fiscales. A partir de supuestas ventajas tributarias de que gozaría la minería en Chile, y de los “abusos” en que incurrirían las mineras privadas, se ha promovido la idea de elevar la carga tributaria del sector.

Asimismo, en mayo del año 2003, se formó una comisión especial en el Senado y, posteriormente, otra en la Cámara de Diputados para estudiar y pronunciarse sobre estas supuestas ventajas y abusos. El 19 de abril de 2004, el Gobierno anunció un proyecto de ley para establecer un cobro especial a la minería (royalty) con el fin de crear

FRANCISCO JAVIER LETURIA. Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la P. Universidad Católica de Chile. Ex Gerente de Asuntos Gremiales de la Sociedad Nacional de Minería.

ÁLVARO MERINO. Ingeniero Comercial, MBA en Negocios Internacionales de la Universidad Gabriela Mistral. Gerente de Estudios de la Sociedad Nacional de Minería.

*Trabajo presentado en el seminario “Tributación minera: ¿Se ha cumplido la ley?”, realizado en el Centro de Estudios Públicos el 15 de julio de 2004.

un fondo especial de ciencia y tecnología, el que fue rechazado por el Congreso.

En el transcurso de la discusión, señalan los autores de este trabajo, ha quedado en evidencia el desconocimiento general acerca de la actividad minera, particularmente en lo relativo a la contribución que realiza el sector al desarrollo del país y al régimen tributario aplicable. El presente estudio se propone llenar parte de ese vacío y aportar antecedentes para un debate informado.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien es cierto que el debate sobre la tributación minera no es nuevo, sí lo son algunos de los argumentos y acusaciones que se han formulado para promover y justificar una modificación al régimen tributario vigente en Chile.

Podemos distinguir dos grandes corrientes o posiciones entre quienes proponen aumentar los impuestos a la minería:

a) Aquellos que consideran que las empresas mineras generan grandes utilidades y que ellas eluden los impuestos que les corresponde pagar, usando una serie de subterfugios al amparo de una legislación que les es favorable. Para ellos, el aumento de la carga tributaria se legitima básicamente como una forma de corregir el comportamiento de dichas empresas.

b) Aquellos que reconocen que las empresas mineras cumplen cabalmente con la legislación, pero que cuestionan el régimen tributario vigente (y en cierta forma, también el sistema económico), pidiendo “un mayor aporte” de las empresas mineras al Estado. De acuerdo a esta corriente, el régimen tributario vigente genera una contribución insuficiente a la sociedad. Ello sólo puede corregirse a través de un aumento de la carga tributaria, focalizada en la industria minera.

Las inquietudes y argumentos que alientan estas posturas se discuten en las secciones 2 y 3.

La contribución de la actividad minera al desarrollo del país se discute en la sección 4.

2. RÉGIMEN TRIBUTARIO Y CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA

El principal punto de partida de aquellos que cuestionan el marco institucional y el comportamiento de las empresas mineras privadas es la constatación de que en los últimos 12 años sólo dos empresas de la gran minería del cobre han pagado impuesto a la renta, y que dichos pagos son

muy modestos en comparación con los impuestos pagados por Codelco en igual período. A partir de esta observación, se infiere, apresurada y erróneamente, que ello sólo es posible gracias a un régimen tributario especial que beneficia a las empresas mineras, y que les permite eludir los impuestos que les corresponde pagar.

2.1. Minería: ¿Régimen tributario especial?

Una afirmación muy recurrente es la que sostiene que la actividad minera en Chile goza de un régimen tributario preferencial, distinto al del resto de los contribuyentes del país, lo cual explicaría los bajos montos de impuesto a la renta pagados por el sector. Ello simplemente no corresponde a la realidad.

No existe en la legislación chilena ley, disposición ni norma que otorgue ventaja o privilegio alguno al sector minero. En Chile la legislación tributaria es una sola y aplica a todas las actividades por igual. Ello ha sido reiterado en varias oportunidades por las autoridades fiscalizadoras.

2.2. El Decreto Ley 600

Se ha afirmado asimismo que las ventajas tributarias de que gozaría el sector minero estarían consagradas en el D.L. 600 (llamado también Estatuto para la Inversión Extranjera). Específicamente, estas ventajas provendrían de los contratos de inversión que muchos inversionistas han suscrito con el Estado de Chile, al amparo de dicha ley.

El año 1974, se dictó el Decreto Ley 600, que establece ciertas garantías y seguridades para el extranjero que invierte en Chile. Estas garantías y seguridades se materializan mediante la firma de un contrato con el Estado de Chile, representado para estos efectos por el Comité de Inversiones Extranjeras. El “contrato ley” resultante no puede modificarse, ni administrativa ni legislativamente, sin la voluntad de ambas partes (Estado e Inversionista).

Dadas las dificultades prácticas observadas para financiar grandes proyectos, el año 1985 se introdujo al D.L. 600 el artículo 11 bis, que facultó al Comité para pactar, en proyectos superiores a 50 millones de dólares y siempre por un plazo no mayor a 20 años, la invariabilidad de las normas (vigentes al momento de suscribir el contrato de inversión extranjera respectivo) relativas a la depreciación de activos, amortización de gastos de puesta en marcha y arrastre de pérdidas.

El año 1993, el Congreso en forma unánime aprobó una reducción en la tasa de impuestos a la renta “invariable” establecida para el inversionista extranjero, de 49,5% a 42%, ofreciendo a quienes ya tenían contratos suscritos a acogerse a esta rebaja tributaria por el remanente del plazo. De esta forma, el Congreso ratificó tácitamente el D.L. 600 al mantener vigentes todas las disposiciones existentes a la fecha.

Es importante señalar que cualquier inversionista extranjero, o que un chileno domiciliado en el exterior, de cualquier sector, puede suscribir un contrato al amparo del D.L. 600. Este no es un cuerpo legal aplicable sólo a la minería y, de hecho, inversionistas extranjeros de los más variados sectores han recurrido a él para materializar sus proyectos.

El ámbito de los contratos de inversión extranjera se limita, en términos generales, a garantizar la igualdad de trato entre inversionistas nacionales y extranjeros, garantizar una tasa invariable de impuesto a la renta (siete puntos más alta que la tasa común aplicable a cualquier empresa nacional) y asegurar la invariabilidad de las normas vigentes relativas al cálculo de la depreciación y amortización de la inversión existentes al momento de suscribirse los contratos en cuestión. Asimismo, protege al inversionista contra normas o actuaciones discriminatorias.

A su vez, los contratos han impuesto ciertas limitaciones al inversionista respecto de las formas en las que se puede enterar la inversión autorizada. Entre éstas, destaca el monto máximo de deuda (en relación con el capital propio) que puede ser autorizado a través del D.L. 600.

Resulta de interés mencionar que esta restricción no existe para el inversionista extranjero que opta por efectuar la inversión a través del Capítulo 14 del Compendio de Normas de Cambio Internacionales del Banco Central de Chile, ni tampoco existe para los inversionistas locales, los cuales pueden materializar sus inversiones con los niveles de deuda que estimen conveniente.

En el último tiempo, se ha cuestionado a los inversionistas extranjeros del sector minero por hacer uso del derecho a la invariabilidad de las normas de depreciación consagrado en sus contratos de inversión extranjera (artículo 11 bis del D.L. 600), lo cual, se alega, sería un “resquicio legal” para aplazar el pago de impuestos. Esta imputación, que es infundada y errónea, se analizará en la sección 2.3, una vez que se discuta en detalle el alcance y los efectos de la depreciación acelerada.

Por otra parte, algunos personeros han imputado al D.L. 600 el bajo nivel de tributación del sector minero, lo cual tampoco tiene asidero en la realidad.

De hecho, el D.L. 600 nada dice respecto del régimen tributario específico aplicable al inversionista. Solamente faculta al Comité de Inversiones Extranjeras a pactar la invariabilidad de las normas tributarias vigentes a la fecha de suscripción del contrato respectivo.

Cabe preguntarse, entonces, ¿por qué dicho Comité, integrado por el presidente del Banco Central y los ministros de Hacienda, Economía, Relaciones Exteriores y MIDEPLAN, otorgó —mayoritariamente en la década de los 90— derechos de invariabilidad a los inversionistas extranjeros, si, como se ha dicho, ello “lesiona” los intereses del país en materia tributaria?

La respuesta es simple: nadie consideró que los intereses del país se verían “lesionados” al garantizar que las reglas del juego en materia tributaria se mantuvieran invariables por un tiempo determinado, y que en todo caso, el precio por este derecho convendría al desarrollo nacional y a la recaudación fiscal.

Resulta interesante destacar, en todo caso, que la existencia de contratos de inversión extranjera suscritos al amparo del D.L. 600 no tuvo, hasta el año 2001, ningún impacto en la tributación del sector minero ni de cualquier otro: los impuestos pagados habrían sido virtualmente los mismos con o sin contratos de inversión extranjera, porque hasta esa fecha no se habían introducido cambios significativos en aspectos de la ley de la renta relacionadas con las garantías de invariabilidad emanadas de los contratos de inversión extranjera.

Mas aún, podría argumentarse que, en principio, el pago de impuestos a la renta de parte de los inversionistas extranjeros hubiese sido menor en ausencia de contratos de inversión extranjera, ya que la tasa de impuesto a la renta establecido en dichos contratos (49,5% hasta el año 1993 y 42% posteriormente) fue mayor a la tasa aplicable a las inversiones no amparadas por el D.L. 600 (35%).

Algunos sectores han promovido la idea de derogar el D.L. 600 argumentando que, dada la madurez y estabilidad que nuestro país ofrecería actualmente a la inversión extranjera, ya no seguiría siendo necesario contar con un “Estatuto Especial”. Si bien esta propuesta no podría alcanzar a los contratos ya celebrados, apunta a un tema que podría ser analizable. Sin embargo, la reciente propuesta de un royalty a la minería sugiere que no es el momento para hacerlo¹.

¹ En todo caso, vale señalar que no es necesario derogar esta norma para dejar de celebrar contratos de inversión extranjera al amparo del D.L. 600. Basta con la voluntad política de las autoridades pertinentes de no ejercer más esta facultad por el tiempo y en los casos en que se estime prudente.

2.3. El uso de subterfugios

El supuesto uso de “subterfugios” por parte de las empresas mineras para pagar menos impuestos es otro de los argumentos que se esgrimen para justificar la aplicación de impuestos especiales.

Todos estos supuestos “subterfugios” se analizan en detalle en la sección siguiente (2.4) del presente trabajo. Se demuestra allí que todas las imputaciones que se hacen a las empresas mineras, no tienen fundamento alguno.

El análisis obliga, además, a los siguientes comentarios:

a) Hasta ahora, no se ha presentado prueba alguna que avalen las graves acusaciones realizadas.

b) En Chile existen los mecanismos de fiscalización adecuados para detectar y sancionar a quienes hubieran incurrido en faltas. El sector minero está sujeto quizás a la más amplia red de fiscalización en Chile, además de lo cual ha facilitado la fiscalización del sector y ha promovido varias iniciativas orientadas a aumentar la transparencia de sus actividades. Resulta ilógico proponer un cambio en los principios del sistema tributario, para mejorar la gestión fiscalizadora.

c) Virtualmente todas las imputaciones que se hacen al sector minero en relación con el supuesto uso de “subterfugios”, bien podrían formularse a cualquier otro sector de la actividad económica, porque representan, en general, un cuestionamiento al modelo económico y al régimen tributario vigente en el país. Resulta entonces injusto y discriminatorio cuestionar al sector minero en particular.

d) Las acusaciones ofenden injustamente a los trabajadores del sector minero y a las autoridades encargadas de la fiscalización del sector al cuestionar su integridad personal y profesional.

2.4. Análisis de los supuestos subterfugios

Subterfugio 1: Uso de la depreciación acelerada

La depreciación acelerada consiste en la facultad que tiene cualquier contribuyente de depreciar su inversión en activos fijos en un período igual a un tercio de la vida útil “normal” que el Servicio de Impuestos Internos determina para cada tipo de ellos. Esta normativa, que existe en muchos países, y en Chile desde el año 1977, busca incentivar la inversión en bienes de capital a través de un mayor cargo contra resultados en los

CUADRO N° 1: EJEMPLO DE DEPRECIACIÓN (SIN TASA DE DESCUENTO)

1. Proyecto con “depreciación normal”							
	1	2	3	4	5	6	Total
Ventas-costos	60	60	60	60	60	60	360
Depreciación	(20)	(20)	(20)	(20)	(20)	(20)	(120)
Utilidades antes de impuestos	40	40	40	40	40	40	240
Impuesto a la renta (35%)	(14)	(14)	(14)	(14)	(14)	(14)	(84)
Utilidad neta	26	26	26	26	26	26	156

2. Proyecto con “depreciación acelerada”							
	1	2	3	4	5	6	Total
Ventas-costos	60	60	60	60	60	60	360
Depreciación	(60)	(60)	0	0	0	0	(120)
Utilidades antes de impuestos	0	0	60	60	60	60	240
Impuesto a la renta (35%)	0	0	(21)	(21)	(21)	(21)	(84)
Utilidad neta	0	0	39	39	39	39	156

primeros años de operación de un proyecto, compensado por un menor cargo en los años subsiguientes. En comparación con el régimen de depreciación “normal”, ello se traduce en un menor pago de impuesto a la renta en los primeros años y un mayor pago de impuestos en los años posteriores. El Cuadro N° 1 ilustra lo anterior.

Por ello, la depreciación acelerada no implica alterar el cargo contra resultados en la vida de un proyecto: éste es exactamente el mismo que en el caso de la depreciación normal. El efecto natural de la depreciación acelerada es la postergación del pago de impuestos a la renta y no su “elusión”. El monto a pagar será exactamente el mismo, excepto que se paga en distintos momentos.

El uso de la depreciación acelerada por parte de las empresas mineras se hace enteramente en conformidad con la letra y el espíritu de la normativa vigente. Mal se puede argumentar entonces que ello representa el uso de un subterfugio.

Una de las características más relevantes de los proyectos mineros es que requieren de importantes inversiones en activo fijo (maquinarias, instalaciones y equipos). En consecuencia, es natural que la depreciación acelerada se traduzca en cargos importantes contra resultados durante los primeros años de operación. Si el período durante el cual se deprecian las

inversiones coincide con un ciclo de precios bajos de los metales, no debe sorprender que los proyectos generen pérdidas tributarias para dichos ejercicios.

Se ha mencionado que, si bien la depreciación acelerada es una facultad que beneficia a todos los contribuyentes en Chile, la minería se ve particularmente favorecida por la cuantía de activos fijos involucrados en sus operaciones. Pero mal se puede afirmar que el requerir de grandes inversiones constituye una ventaja.

Subterfugio 2: Pago de dividendos sin pagar impuestos a la renta.

De acuerdo a lo señalado, muchas de las inversiones extranjeras materializadas al amparo del D.L. 600 tienen en sus contratos cláusulas donde se garantiza, por un plazo determinado, la invariabilidad de las normas sobre depreciación vigentes al momento de suscribir el contrato respectivo.

En junio del 2001, entró en vigencia la llamada “ley contra la elusión y evasión”, que modificó parcialmente los alcances de la depreciación acelerada. En efecto, y a partir de la entrada en vigencia de dicha ley, la depreciación acelerada sólo puede ser utilizada por el contribuyente en la determinación de la base imponible para el cálculo del impuesto de 1ª categoría, vale decir, para determinar el impuesto a la renta que paga la empresa propiamente tal. De esta forma, la depreciación acelerada ya no puede ser utilizada en la determinación del impuesto a la renta que debe pagarse al momento de repartir utilidades².

La promulgación de esta ley dio origen a dos tipos de contribuyentes:

- a) Los inversionistas extranjeros que suscribieron contratos de inversión extranjera al amparo del D.L. 600 antes de la promulgación de ley, y
- b) Todos los demás contribuyentes (incluidos los inversionistas que suscribieron contratos de inversión extranjera al amparo del D.L. 600 con posterioridad a la promulgación de la ley).

² El efecto práctico de esta ley es anticipar el pago de impuestos sobre los repartos de utilidades realizadas por las empresas organizadas como sociedades de personas. Para las sociedades anónimas, y en relación a la oportunidad del pago de impuestos a la renta sobre dividendos, la ley “contra la elusión y evasión” no tiene mayor impacto ya que los dividendos de tales empresas están afectos a impuesto exista o no utilidad tributaria.

Como a los primeros no les son aplicables los cambios introducidos el año 2001, éstos tienen —a partir de dicho año y por el tiempo que reste a cada contrato— una ventaja sobre el resto de los contribuyentes, siempre que ellos se repartan dividendos que excedan la renta tributaria (una situación bastante común durante el período en que se están depreciando aceleradamente los activos).

Estos contribuyentes han sido conminados a renunciar al derecho de mantener invariables las disposiciones de depreciación vigentes en la fecha en que suscribieron los contratos respectivos, señalando que el ejercicio de ese derecho configura un “resquicio legal”. Pero resulta evidente que el ejercicio de derechos pactados expresamente entre el inversionista y el Estado no puede considerarse un “resquicio legal” ni un acto de mala fe. En este punto se debe ser claro: las partes de un contrato deben respetar cabalmente los acuerdos suscritos, más allá del actual deseo fiscal que un grupo de inversionistas mineros renuncie a ellos y anticipe la vigencia del régimen general aplicable en Chile a partir del año 2001.

Una variante de esta imputación es aquella que señala que si bien los contribuyentes en cuestión actúan conforme a la letra de la ley, ellos vulneran su espíritu. Se señala asimismo que dicho “espíritu” siempre fue el aplicar la depreciación acelerada en tanto las rentas se reinviertan en Chile y que ello fue vulnerado el año 1985, con la introducción del artículo 11 bis (invariabilidad del régimen de depreciación) al D.L. 600.

Este argumento también es erróneo. Todas las leyes que permiten que en las sociedades de personas el pago de impuestos sobre los retiros de los socios ocurra sólo una vez que se genere la renta tributaria correspondiente, son de antigua data y se encontraban plenamente vigentes el año 1985. Así, el único alcance del artículo 11 bis fue el otorgar certidumbre jurídica al inversionista extranjero, en el sentido que ciertas disposiciones específicas se mantendrían durante la vigencia del contrato de inversión respectivo. Es evidente que el “espíritu de la ley” recién fue cambiado el año 2001, con la promulgación de la ley “contra la elusión y evasión”.

En cualquier lugar del mundo, cualquier persona puede solicitar a su contraparte la revisión de una cláusula contractual que se considera inadecuada³. Sin embargo, es impropio que dicha solicitud se realice recurriendo a la opinión pública, acusando a la contraparte de usar “resquicios legales”, y bajo la amenaza de aplicar un royalty de 3% de las ventas, en caso de no llegar a acuerdo. Ello va contra la llamada “buena fe contractual”.

³ Por ejemplo, si alguien no considera “justa” la situación en la que se encuentran los inversionistas extranjeros que suscribieron contratos con el Estado de Chile antes de la promulgación de la ley “contra la elusión y evasión”, y cuyas empresas receptoras están organizadas como sociedades de personas.

Subterfugio 3: Intereses excesivos pagados a empresas relacionadas

Se ha señalado que las empresas del sector reducen artificialmente sus utilidades en Chile, contratando deudas a tasas de interés superiores a las de mercado con sus empresas “matrices” radicadas en el extranjero.

Antes de entrar en el análisis de esta acusación, es preciso anotar que, para los efectos de determinar el cargo contra resultados por concepto de intereses, resulta irrelevante si la deuda se contrae con una empresa relacionada o no. Lo único que incide en la determinación de la utilidad y en el monto de impuesto a pagar es la cuantía de la deuda y la tasa de interés. La identidad del acreedor no tiene importancia⁴.

Tal como se señalara en párrafos anteriores, no existe en Chile limitación legal alguna respecto del nivel de deuda que puede contraer un inversionista local ni tampoco un inversionista extranjero que no haya optado por materializar su inversión a través de un contrato de inversión al amparo del D.L. 600. En cambio, el inversionista extranjero que suscribe un contrato de inversión extranjera no puede contratar deuda acogida a tal contrato más allá del límite sancionado en el mismo. Resulta entonces injusto acusar a las empresas mineras de sobre-endeudarse cuando dicho endeudamiento se ajusta estrictamente a la normativa vigente. La acusación es especialmente injusta si se considera que dicha normativa se aplica por igual a todas las actividades económicas, además, que las inversiones mineras acogidas al D.L. 600 enfrentan restricciones al endeudamiento que no aplican a los demás inversionistas, que el nivel de endeudamiento que se autoriza en los contratos de inversión extranjera lo determina la autoridad política a su exclusivo criterio y que no existe evidencia alguna en el sentido que el sector minero exhiba un nivel de endeudamiento mayor a los demás sectores.

En relación con la tasa de interés, basta con señalar que, hasta mediados de 2001, todo financiamiento contratado con el extranjero debía ser expresamente autorizado por el Banco Central de Chile, el cual contaba con todas las facultades para rechazar aquellos términos que no se ajustaran a condiciones de mercado. A partir de la fecha señalada, el Banco Central se limita a registrar los términos de los contratos de financiamiento, recayendo la obligación de fiscalización en el Servicio de Impuestos Internos.

⁴ En estricto rigor, ello era cierto hasta la entrada en vigencia de la llamada “ley contra la elusión y evasión” del año 2001, en la cual se estableció una tasa de impuesto especial sobre los intereses remesados al exterior cuando dicho pago corresponde a deuda relacionada que supere los límites establecidos en dicha ley.

De esta forma, y en el evento que las deudas se hubieran contraído a tasas más elevadas que las de mercado, las entidades mencionadas han contado con todas las facultades para rechazar y sancionar cualquier supuesto cargo excesivo por concepto de intereses.

Subterfugio 4: Las empresas mineras declaran precios artificialmente bajos para sus exportaciones.

Conforme a este argumento, las empresas mineras declararían precios inferiores a los de mercado para sus exportaciones, especialmente tratándose de ventas a sus “casas matrices” o empresas relacionadas radicadas en el extranjero.

Esta aseveración refleja un desconocimiento profundo de la operatoria del sector y de los mecanismos de fiscalización. En efecto, todo contrato de exportación debe ser registrado ante la Comisión Chilena del Cobre (Cochilco), antes de hacerse efectivo el o los embarques respectivos. De igual forma, toda variación que pudiera producirse entre el registro de exportación correspondiente y la liquidación final del embarque debe ser presentada a Cochilco.

De esta forma, Cochilco cuenta con toda la información para verificar en forma oportuna si los términos contractuales (y particularmente el precio de venta) se ajustan a las condiciones de mercado.

Subterfugio 5: Las empresas mineras exportadoras de concentrado de cobre no declaran el verdadero cobre contenido en concentrado ni de los subproductos contenidos en el mismo, especialmente cuando se trata de ventas a sus “casas matrices” o empresas relacionadas radicadas en el extranjero.

El simple análisis de los procedimientos que aplican a la venta de concentrado dejan en evidencia que esta imputación no tiene fundamento alguno.

- Los contratos de exportación de concentrado establecen los términos y condiciones que aplican a todos los metales pagables contenidos en los concentrados. De acuerdo a lo señalado en párrafos anteriores, cada uno de estos contratos se registra con Cochilco.
- Tanto en el puerto de origen como en el puerto de destino, se toman muestras representativas de cada embarque de concentrado. Los metales contenidos en el concentrado se facturan sobre la base de los resultados de los análisis químicos de tales muestras. En el evento

que existan discrepancias entre las muestras tomadas por el vendedor y comprador, la venta se factura sobre la base de los resultados de la muestra tomada por un tercero.

- En un esfuerzo por hacer aún más transparente la facturación del concentrado, y como resultado de una iniciativa de las empresas socias del Consejo Minero, Cochilco, el Servicio de Impuestos Internos y el Servicio Nacional de Aduanas, se introdujo un elemento de control adicional. Éste consiste básicamente en la toma de muestras representativas de cada embarque —en el puerto de embarque— por parte una empresa independiente registrada con el Servicio Nacional de Aduanas. Dichas muestras quedan en custodia para su eventual análisis químico por la misma empresa independiente.

El acuerdo voluntario de transparencia y fiscalización señalado, establece, para todos los efectos de facturación de los embarques, discrepancias máximas entre los resultados de la muestra tomada por la empresa independiente y los resultados de las muestras tomadas en el puerto de destino. No existe precedente en Chile de un esfuerzo similar orientado a transparentar las exportaciones.

Subterfugio 6: Las empresas mineras pagan precios artificialmente elevados por concepto de cargos de tratamiento y refinación en la venta de concentrado a sus casas matrices o a empresas relacionadas radicadas en el extranjero.

Estos cargos representan el cobro que efectúan los compradores de los metales contenidos en el concentrado por concepto de la posterior fundición y refinación del mismo y, en consecuencia, se deducen de la facturación.

Respecto de esta imputación, basta con señalar que el mecanismo a través del cual se determinan los cargos señalados consta en cada uno de los contratos de venta de concentrado que se registran con Cochilco, organismo que tiene las facultades para determinar si dichos mecanismos se ajustan o no a términos de mercado. De igual forma, se informan a Cochilco los niveles de los cargos de tratamiento y refinación que se negocian.

Se ha señalado que la diferencia de cargos por tratamiento y refinación que se verifica en embarques de concentrado materializados en un mismo período, sería evidencia de una sobre-facturación de dichos cargos. Esta aseveración revela falta de conocimiento del funcionamiento del mercado de compra y venta de concentrados.

Al igual que cualquier bien o servicio, el precio por los servicios de fundición y refinación refleja las condiciones de oferta y demanda imperantes en el mercado. De esta forma, cuando la cantidad de concentrado ofertado supera la capacidad de fusión y refinación, el precio por este servicio será alto, y viceversa. Asimismo, es natural que los cargos de tratamiento y refinación que se negocian para los contratos de largo plazo tienden a exhibir un comportamiento más estable que aquellos que se negocian para contratos de corto plazo o “spot”, los cuales pueden experimentar grandes fluctuaciones.

Actualmente, por ejemplo, los contratos de corto plazo se negocian con el menor nivel de cargos de tratamiento y refinación jamás vistos en la industria y a niveles sustancialmente menores que los correspondientes a los contratos de largo plazo. Ello refleja una dramática escasez de concentrado para los próximos años, en atención a la capacidad de fundición y refinación existente a nivel mundial. Por otra parte, han existido períodos de sobre-oferta de concentrado, durante los cuales los cargos por tratamiento y refinación han sido marcadamente superiores a aquellos correspondientes a los contratos de largo plazo.

Así, si bien es cierto que los contratos de corto plazo pueden ser ventajosos para los productores en determinadas coyunturas, ello se obtiene sólo a costa de un mayor riesgo. Ello explica por qué los productores de concentrado generalmente estructuran sus planes de venta sobre la base de comprometer un porcentaje importante de la producción en contratos de venta a largo plazo, dejando un porcentaje menor de la producción para su comercialización en el mercado spot.

Por lo expuesto, es muy dable esperar que un exportador de concentrado efectúe ventas (en un mismo período e incluso en un mismo embarque) en condiciones muy distintas en lo que a cargos de tratamiento y refinación se refiere, toda vez que dichas diferencias reflejen las distintas condiciones de mercado imperantes al momento en que se negociaron las ventas correspondientes.

Subterfugio 7: Las empresas mineras se organizan como “sociedades contractuales mineras”, lo cual les permite eludir impuestos.

Efectivamente, existen numerosas empresas mineras que se organizan como sociedades contractuales mineras. Ello no reporta, sin embargo, ventaja tributaria alguna, ya que las sociedades contractuales mineras están sujetas exactamente al mismo tratamiento tributario que cualquier sociedad de personas. Las características especiales de la sociedad contractual mine-

ra se encuentran en aspectos que dicen relación con la administración de la sociedad y no en el ámbito tributario.

Organizarse como sociedad contractual minera no reporta ninguna ventaja tributaria en comparación con cualquiera de las formas que puede adoptar una sociedad de personas. Acusar a las mineras privadas por adoptar esta forma de organización sería equivalente a acusar a todas aquellas empresas que se organizan como sociedades de personas, por ejemplo, las sociedades de responsabilidad limitada, colectivas (civiles y comerciales) y en comandita.

Hasta la promulgación de la llamada ley contra la evasión y elusión tributaria (2001), una sociedad anónima tenía claras desventajas tributarias frente a la sociedad de personas, ya que cualquier retiro de los dueños estaba afecto a impuesto a la renta (a través del impuesto global complementario en el caso de personas radicadas en Chile o el impuesto adicional en el caso de remesas al exterior), independientemente de que la empresa hubiera generado utilidades tributarias o no. En el caso de una sociedad de personas, en cambio, los retiros pagaban impuesto a la renta sólo en la medida que la empresa había generado las utilidades tributarias correspondientes.

El efecto práctico de la ley en comento es haber igualado, en gran medida, la situación de ambos tipos de empresas en el plano tributario, ya que a partir de la vigencia de dicha ley la depreciación acelerada no puede ser utilizada para determinar el impuesto que grava el reparto de utilidades.

Subterfugio 8: Las empresas mineras realizan operaciones en los mercados a futuro de metales con el objeto de transferir utilidades a sus “casas matrices” radicadas en el extranjero.

De acuerdo a esta aseveración, las empresas mineras venderían metales a futuro a sus “casas matrices” a precios inferiores a los de mercado. Como supuesta evidencia de ello se hace referencia a las pérdidas que de tiempo en tiempo experimentan las empresas mineras que efectúan este tipo de operaciones.

Esta crítica también refleja un desconocimiento de la naturaleza de las operaciones involucradas y de los mecanismos fiscalizadores existentes.

Virtualmente todas las operaciones a futuro se realizan con intermediarios financieros especializados. Asimismo, las empresas mineras están obligadas a registrar en el Banco Central de Chile toda operación que involucre productos financieros derivados (como operaciones a futuro y compra/venta de opciones). Existen mercados en los cuales se transan di-

chos productos. Los agentes fiscalizadores cuentan entonces con toda la información para determinar si una transacción se realizó o no según términos de mercado, pudiéndose determinar fácilmente si una empresa estaría evadiendo o no el pago de impuestos a través de las operaciones en los mercados a futuro.

El hecho que en algunas operaciones se registren pérdidas, ciertamente no constituye de forma alguna evidencia de que tales transacciones no se hayan realizado a valores de mercado. De hecho, es natural que aproximadamente en la mitad de los casos, las operaciones a futuro produzcan pérdidas, y en la otra mitad, ganancias.

Subterfugio 9: El sector minero cuenta con una ley especial que le permite amortizar el valor de los yacimientos por los cuales no se ha pagado monto alguno.

En esta crítica se hace referencia a la Ley 18.985, que norma la forma en que debe amortizarse el precio pagado por las propiedades mineras.

Se argumenta que la aplicación de esta disposición legal representa otro de los “abusos” en los cuales incurre el sector minero, ya que permite rebajar de la base imponible (como gasto) un valor indeterminado y arbitrario correspondiente al “valor económico” del yacimiento, en circunstancias que la empresa no ha pagado precio alguno por dicho activo. Se alega, además, que la ley permite incluso amortizar los intereses que hubiera devengado el precio, ya artificial, del yacimiento.

Una simple lectura de la ley en cuestión, permite concluir que la propia ley especifica que lo que se permite amortizar (y cargar a resultados) es el precio efectivamente pagado por un yacimiento, y no un valor determinado arbitrariamente por el contribuyente. Del mismo modo, los intereses a que hace referencia la ley corresponden a los intereses que efectivamente haya pagado el contribuyente con motivo de la compra del yacimiento (en el caso que la compra haya contemplado el pago diferido del precio). De esta forma, es evidente que el contribuyente sólo está facultado para amortizar los desembolsos que efectivamente hubiera efectuado en la compra de una propiedad minera.

La facultad de amortizar la inversión efectuada en la compra de una propiedad minera, no tiene nada de abusivo. Como en cualquier inversión, el inversionista tiene el derecho a amortizar o depreciar la misma. La ley simplemente regula la forma en la cual debe amortizarse la inversión reali-

zada en un activo que tiene ciertas particularidades, como lo es la propiedad minera. En lo concreto, dispone que la inversión deba amortizarse a una tasa equivalente al uso de las reservas estimadas del yacimiento.

2.5. ¿Por qué tan pocas empresas mineras privadas han pagado impuesto a la renta?

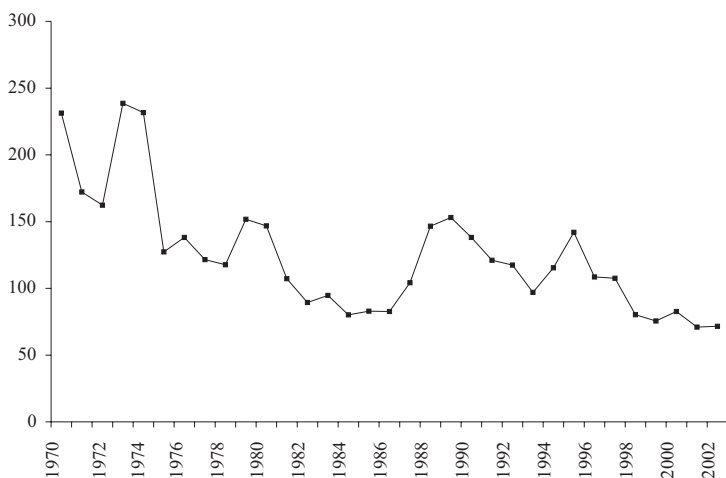
Si las empresas mineras privadas no gozan de un régimen tributario especial y si dichas empresas cumplen plenamente con la normativa vigente, ¿cómo se explica entonces que un número tan reducido de empresas haya pagado impuesto a la renta en años recientes?

La respuesta es sencilla: la gran mayoría de las empresas mineras han experimentado pérdidas tributarias.

Estas pérdidas obedecen, a su vez, a que gran parte de la producción de estas empresas corresponde a proyectos que comenzaron a operar recién en la segunda mitad de la década de los '90 y a la muy baja cotización que tuvieron los metales en general (y el cobre en particular) entre los años 1997 y 2003.

El comportamiento del precio del cobre se resume en el Gráfico N° 1.

GRÁFICO N° 1: PRECIO REAL DEL COBRE 1970-2002



Fuente: Cochilco.

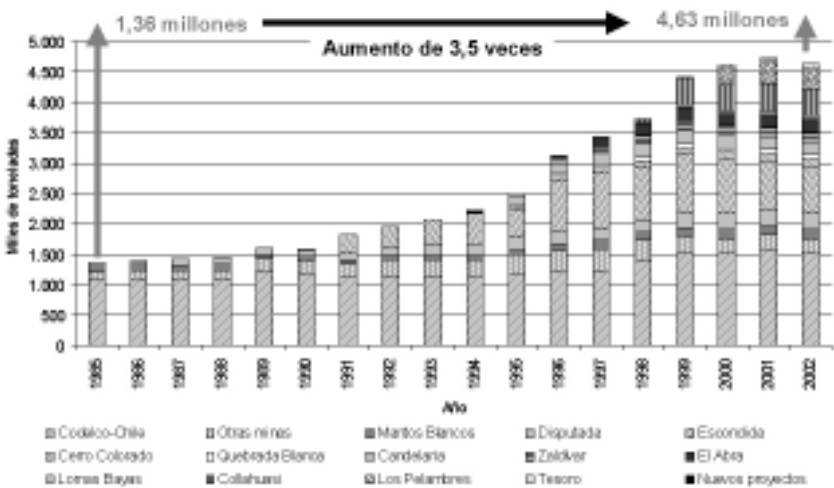
Tal como lo muestra el Gráfico N° 2, gran parte de la producción minera privada corresponde a proyectos que se materializaron en la segunda mitad de la década recién pasada.

Al tratarse de proyectos de reciente ejecución, éstos han debido cargar a resultados las depreciaciones de las inversiones correspondientes, como asimismo los intereses asociados a las deudas contraídas para su financiamiento. Ambos cargos son especialmente elevados durante los primeros años de operación, tal como sucede en cualquier otra industria intensiva en activos fijos.

De acuerdo a lo expuesto, las empresas que llevan operando un mayor número de años son las que debieran haber estado pagando impuesto a la renta. Ello es efectivamente lo que ha ocurrido.

Los únicos productores de cobre que han efectuado pagos por concepto de impuesto a la renta en años recientes son (con excepción de Disputada) los más “antiguos”: Escondida y Mantos Blancos. Del mismo modo, y conforme los distintos proyectos superen la etapa de depreciación de sus elevadas inversiones originales, un número creciente de empresas mineras empezarán a pagar impuesto a la renta. Es así como el año 2003 las empresas Cerro Colorado, Candelaria y Meridian han comenzado a pagar dichos impuestos.

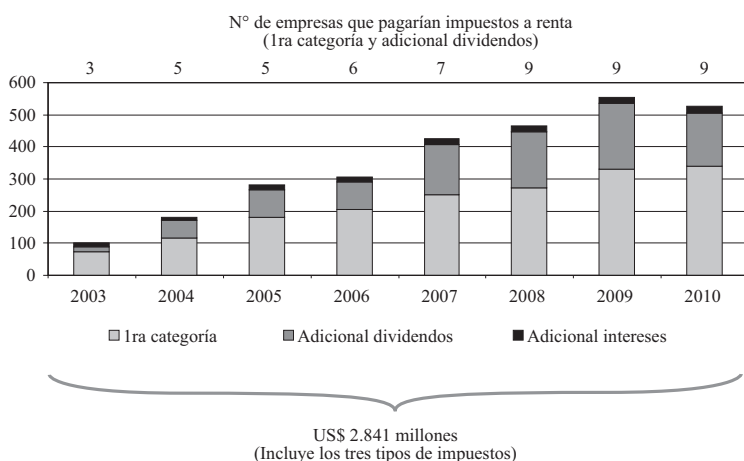
GRÁFICO N° 2: PRODUCCIÓN CHILENA DE COBRE
(En miles t. m. de fino)



Fuente: Consejo Minero.

Este proceso debiera acentuarse en años futuros, especialmente si, como se espera, el precio del cobre alcanza cotizaciones mayores a las experimentadas en años recientes. Esto lo corrobora un estudio realizado por Cochilco, el cual proyecta que el pago de impuesto a la renta de las empresas mineras privadas se incrementará en forma significativa en el próximo sexenio (ver Gráfico N° 3)

GRÁFICO N° 3: TRIBUTACIÓN PROYECTADA ¿CUÁNDO EMPIEZAN A PAGAR?



Nota: Este estudio está hecho sobre la base de un precio de 80 centavos para el presente año, 83 para el 2005 y 85 para el período 2006-2010.

En marzo pasado, Cochilco corrigió su estimación para el 2004 y elevó su proyección a 120 centavos.

Con ello, la recaudación tributaria del sector minero crecerá notablemente, haciendo tributar a la mayoría de las empresas que actualmente no lo hacen.

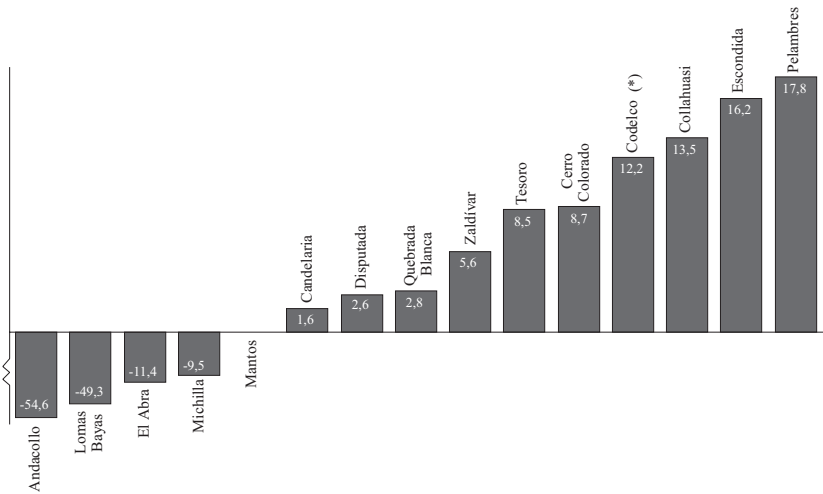
Fuente: Cochilco.

En la discusión en torno a la tributación minera se ha observado que muchos creen que todas las empresas del sector gozan de una gran rentabilidad. Esta percepción no se condice con la realidad. La rentabilidad del sector ha sido muy pobre en años recientes. Existen, además, importantes diferencias de rentabilidad entre cada una de las empresas mineras, tal como sucede en cualquier actividad y en cada sector de la economía.

En el caso de la minería, dichas diferencias tienen su origen principalmente en la ley del mineral (que determina la cantidad de metal que se

produce a partir de una tonelada de mineral), en la existencia de mayores o menores economías de escala (que influyen en la estructura de costos), en la relación lastre a mineral (que determina la cantidad de roca estéril que debe extraerse para poder procesar una tonelada de mineral), en las características geo-metalúrgicas del mineral (que determinan la cantidad de metal que en definitiva se recupera del metal contenido en el mineral) y en la ubicación geográfica del yacimiento (que determina la inversión en infraestructura necesaria y el método a utilizar para explotar un depósito) En el Gráfico N° 4, se muestra la rentabilidad sobre patrimonio de los principales productores de cobre en Chile en años recientes.

GRÁFICO N° 4: RENTABILIDAD GRAN MINERÍA DEL COBRE: 2001-2002
(% sobre patrimonio, después de impuesto a la renta 1ª categoría)



(*) Antes de impuestos Ley 13.196, simulando impuesto a la renta 1ª categoría sobre resultados antes de impuestos.

Fuente: Consejo Minero: “Informe de la Gran Minería Chilena”, 2003.

En síntesis, un número importante de empresas mineras privadas no han pagado impuestos a la renta durante sus primeros años de operación. Ello no se debe a la existencia de un régimen tributario especial ni al abuso de la normativa tributaria. Simplemente refleja que durante el período señalado, la mayoría de las empresas mineras experimentaron pérdidas tributarias.

2.6. Régimen tributario especial aplicable a Codelco

El hecho que Codelco ha pagado más impuestos que el sector minero privado, se ha esgrimido como presunción del comportamiento impropio de las empresas mineras privadas en materia tributaria.

Esta afirmación se basa en la simple comparación entre el impuesto a la renta que pagan las empresas mineras privadas y los aportes que efectúa Codelco al Fisco (los “excedentes” de Codelco). Acto seguido, se contrastan dichas cifras con la mayor producción de la minería privada durante los últimos años, y se llega rápidamente a la conclusión que la tributación del sector privado es significativamente menor a la de Codelco, tanto en términos absolutos como por unidad de producción.

Esta comparación adolece de serios errores.

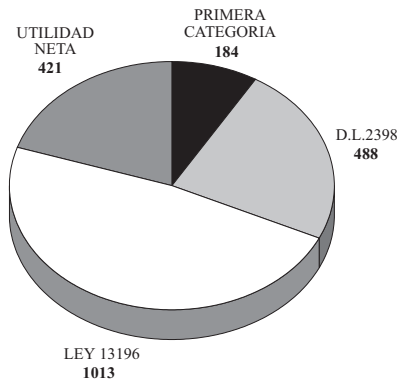
Los aportes que Codelco realiza al Fisco corresponden a la suma de cuatro elementos diferentes: el impuesto a la renta de primera categoría al cual están afectas todas las empresas en Chile, el impuesto a la renta especial que grava con una tasa del 40% las utilidades de las empresas estatales, el impuesto correspondiente al 10% de las ventas destinado a las Fuerzas Armadas y, finalmente, los dividendos. Resulta evidente que, de todos los elementos mencionados, sólo el primero resulta comparable al impuesto a la renta que pagan las mineras privadas. En efecto, los otros tres componentes representan distintas formas en que el dueño de Codelco, el Estado de Chile, ha decidido recaudar los excedentes que genera dicha corporación.

De hecho, y desde la perspectiva fiscal, la forma en la cual el excedente se entere en arcas fiscales es irrelevante: bien podría el fisco decidir, por ejemplo, eliminar el impuesto especial, en cuyo caso un monto equivalente se enteraría a las arcas fiscales a través de mayores dividendos. El Gráfico N° 5, muestra la participación de los distintos elementos que componen el excedente de Codelco para el período 1999-2002.

De esta forma, al comparar el aporte total de Codelco con el impuesto a la renta que pagan las mineras privadas, se está comparando la suma del impuesto a la renta más las utilidades del dueño (en el caso de Codelco) con el impuesto a la renta que paga la minería privada.

Por las razones expuestas, esta comparación es errónea y engañosa. La comparación correcta es aquella en la que se compara el impuesto que paga la minería privada con el impuesto a la renta que hubiese pagado Codelco si a ella se le aplicara el mismo régimen tributario que a la minería privada, que es el mismo que se le aplica a cualquier actividad económica en Chile.

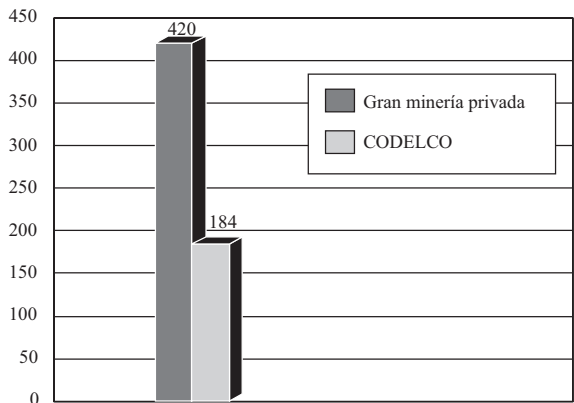
GRÁFICO N° 5: EXCEDENTES DE CODELCO (1999-2002)
US\$ 2.106 MILLONES



Fuente: Codelco: Memorias.

Si se supone que las utilidades de Codelco estuvieran afectas al mismo impuesto a la renta de las empresas privadas, se concluye que durante los últimos cinco años, el sector minero privado ha devengado más impuesto a la renta que el devengado por Codelco, tal como lo muestra el Gráfico N° 6.

GRÁFICO N° 6: COMPARACIÓN CORRECTA: MINERÍA PRIVADA/CODELCO (1999-2002)*



*Impuestos devengados.

Fuente: Codelco: Memorias; Consejo Minero: “Informe de Gestión (2000-2002)”.

Todo lo anterior no significa que el aporte de excedentes que realiza Codelco no sea importante. Ciertamente lo es, pero no es un parámetro apropiado para ser comparado con los impuestos que paga la minería privada.

3. RECURSOS MINEROS Y CARGA TRIBUTARIA

A pesar de las graves y reiteradas acusaciones realizadas por algunos actores, mayoritariamente se reconoce que el sector minero no goza de un régimen tributario especial y que cumple con sus obligaciones tributarias.

Algunos consideran, sin embargo, que la contribución del sector es “insuficiente” y promueven un alza de impuestos especial para la industria minera, con el objeto de “aumentar su aporte” al erario público.

Las principales razones que, de acuerdo a esta postura, justificarían la mayor carga tributaria, son las siguientes:

- a) La carga tributaria en Chile es muy inferior a la de los demás países.
- b) La minería genera rentas extraordinarias.
- c) Los recursos mineros son del Fisco (la sociedad), el cual debe cobrar por el uso de tales recursos.
- d) El recurso minero es no-renovable y debe preservarse para generaciones futuras.

3.1. Tributación comparada

3.1.1. Carga tributaria

Comparar la carga tributaria entre países es un ejercicio complejo, ya que se debe considerar un número importante de tributos y estructuras diferentes.

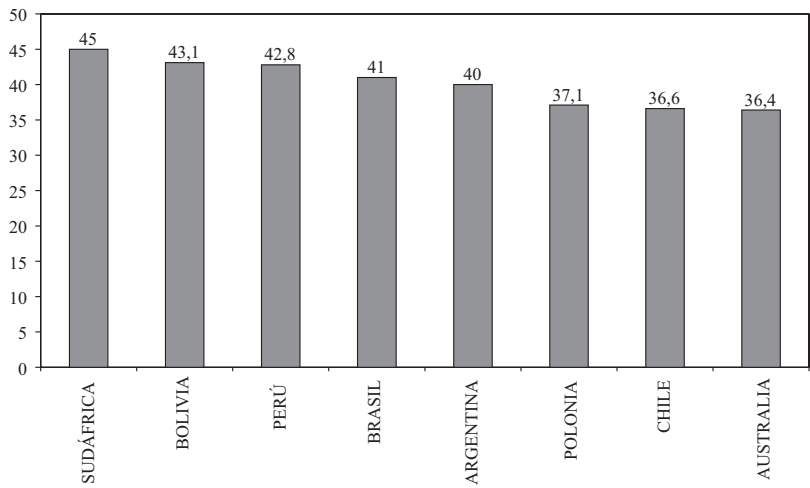
La simple comparación entre tasas de impuesto a la renta, por ejemplo, es incompleta cuando existen “royalties”, cuando los dividendos están afectos a impuestos, o cuando existen subsidios a la inversión o a los gastos en exploración.

El trabajo quizás más completo en esta materia es el estudio realizado por el profesor James Otto, del Colorado School of Mines (*Global Mining Taxation Comparative Study*, marzo 2000). En dicho estudio se simula, para distintos países, la rentabilidad de un proyecto minero y la carga tributaria que soporta.

Dicho proyecto es idéntico en sus dimensiones técnica, operacional, financiera y comercial, de forma tal que la única diferencia entre países la constituye el régimen tributario aplicable. De esta forma se logra aislar el impacto de la carga tributaria de las demás variables que inciden en la rentabilidad de un proyecto.

Una forma de medir la carga tributaria es determinar el monto de impuestos totales pagados como porcentaje de los resultados antes de impuestos (la tasa de impuesto efectiva). El Gráfico N° 7 resume los resultados del estudio del profesor Otto para este indicador.

GRÁFICO N° 7: CARGA TRIBUTARIA COMPARADA*
(Tasa de impuesto efectiva)



(*) Antes de la llamada “Ley de Evasión y Elusión Tributaria” (2001).

Fuente: Otto, James: *Global Mining Taxation*, 2000.

Una forma alternativa de medir la carga tributaria consiste en verificar el impacto de los impuestos sobre la rentabilidad del “proyecto tipo” y se determina conforme al siguiente cálculo:

Peso de la carga tributaria (%) = $(1 - \text{TIR1}/\text{TIR2})$, donde:

TIR 1: Tasa interna de retorno (rentabilidad) del proyecto antes de impuestos.

TIR 2: Tasa interna de retorno (rentabilidad) del proyecto después de impuestos.

A diferencia del método anterior, éste toma en cuenta no sólo el monto de impuestos pagados, sino también la oportunidad en la cual se realiza el pago de los mismos. Considerando que el dinero tiene “valor en el tiempo” (no da lo mismo pagar impuestos hoy que pagarlos mañana), este método es quizás una mejor forma de medir la carga tributaria real. En el Gráfico N° 8 se presentan los resultados del estudio del profesor Otto para este método⁵.

En el Gráfico N° 8 se incluyen dos resultados para Chile: “Chile 1” corresponde en estricto rigor al resultado del estudio del profesor Otto. Dicho estudio fue realizado el año 2000 y refleja el régimen tributario existente a tal fecha.

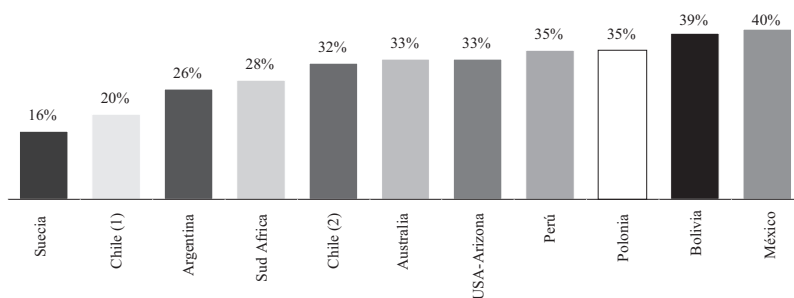
Sin embargo, en el año 2001 se introdujo un cambio significativo al régimen tributario en Chile. La llamada “ley contra la elusión y evasión tributaria”, dictada en junio de ese año, elimina el derecho a usar depreciación acelerada para los efectos de determinar el impuesto a la renta que se reparte como dividendos (y toda renta se termina repartiendo como dividendos). El efecto de este cambio en el régimen tributario es el de anticipar el pago de impuestos (sin afectar el monto total de impuestos que se paga), lo que explica el mayor peso de la carga tributaria para los nuevos proyectos que se realicen en Chile, y cuya situación se presenta como “Chile 2” en el Gráfico N° 8.

Del estudio del profesor Otto se concluye lo siguiente:

a) Si bien es cierto que Chile ofrece un régimen tributario competitivo, la “ventaja” sobre otros países es más bien modesta. Los resultados del estudio contrastan con las distintas cifras y análisis que han presentado aquellos que propician elevar la “carga tributaria minera” en Chile. En general, éstas sólo consideran el impuesto a la renta de primera categoría

⁵ Aquellos que han seguido de cerca el debate tributario apreciarán que las cifras correspondientes al “peso de la carga tributaria” son distintas a las que presentó el economista Juan Villarzú a la Comisión Especial del Senado. Tal como lo indica la presentación de Juan Villarzú, tales cifras corresponden al trabajo publicado por Nicole Moussa, experta de la División de Desarrollo Productivo y Empresarial de la CEPAL, el año 2001. En ese trabajo se señala, a su vez, que las cifras de “peso de la carga tributaria” se “basan” en un estudio del profesor Otto del año 1997 (las cifras que se muestran en el presente trabajo corresponden al estudio del profesor Otto del año 2000). Sin embargo, un análisis de las cifras del trabajo de Nicole Moussa revela que éstas definitivamente no corresponden a las del estudio del profesor Otto del año 1997 (y menos a las del estudio del año 2000). Por ejemplo, para el “caso chileno”, Nicole Moussa indica que el “peso de la tributación” en la rentabilidad de un proyecto de cobre es de 14,8%, en circunstancias que en el estudio del profesor Otto (1997) dicha cifra es de 16,6% (y de un 20,2% en el estudio del año 2000). A la fecha, los esfuerzos por reconciliar las cifras del trabajo de Nicole Moussa con las del estudio del profesor Otto han sido infructuosos.

GRÁFICO N° 8: TRIBUTACIÓN Y RENTABILIDAD COMPARADA EN MINERÍA:
PESO DE LA CARGA TRIBUTARIA EN LA RENTABILIDAD DE LOS
PROYECTOS (*)



(*) 1 menos (T.I.R. después de impuestos como porcentaje de T.I.R. antes de impuestos).

(1) Antes de Ley de Elusión y Evasión

(2) Después de Ley de Elusión y Evasión. Cálculos propios

Fuente: Otto, James: *Global Mining Taxation*, 2000.

(de 17% a partir del año 2003), sin reparar en la existencia del impuesto adicional que grava las utilidades al ser remesadas como dividendos (de un 18% para empresas que se acogen al régimen general y de un 25% para aquellas que se acogen al régimen de invariabilidad que contempla el D.L. 600). En general, tampoco consideran el impuesto que grava la remesa de intereses (4%) ni el impuesto de timbres y estampillas que grava la contratación de préstamos (1,6%).

b) En un número importante de “casos”, la menor carga tributaria que exhibe Chile se debe al impacto de tributos que no dicen relación con impuestos que graven específicamente a la minería. Ésta es la situación de países como Perú, México y, en menor medida, Bolivia. Ello indica que, en estos casos, la ventaja que exhibe Chile no sólo beneficia a la inversión minera, sino a todas las actividades. Ello no debe sorprender ya que establecer un régimen tributario competitivo ha sido una decisión deliberada de la autoridad económica chilena y un elemento clave de la exitosa estrategia de desarrollo adoptada por nuestro país.

c) Al comparar la tributación en Chile con la de otros países, como EE.UU. y Canadá, se observa que la menor carga en Chile se debe al impacto de menores impuestos a la remesa de intereses y dividendos. Sin embargo, dichos países presentan ciertas características que, en la práctica,

hacen que los impuestos mencionados no tengan mayor relevancia. Entre estas características cabe mencionar la existencia de tratados bilaterales que eliminan o reducen de manera significativa tales impuestos y el hecho que esos países cuentan con mercados de capitales muy profundos que hacen innecesario acceder a financiamiento externo.

El estudio del profesor Otto, en cambio, considera que el “proyecto tipo” se financia enteramente en el exterior y que no se aplican tratados bilaterales. Si se considera la situación más realista en la cual un proyecto en EE.UU. o Canadá se financia internamente (o donde es posible aplicar los tratados bilaterales), la carga tributaria del proyecto que se realiza en EE.UU. (Arizona) y Canadá (Ontario), se reduce a 28,4% y 49,3%, respectivamente. Ello se compara con una carga tributaria del 36,6% en Chile.

3.1.2. Otras consideraciones

Subir los impuestos a la minería en Chile con el objeto de imitar los regímenes existentes en países que exhiben una mayor carga tributaria disminuye el atractivo de Chile como destinatario de la inversión extranjera. Además, se corre el riesgo de seguir malos ejemplos.

El análisis de los países que tienen impuestos significativamente mayores a Chile revela que en tales países la minería desempeña, en general, un papel menor en su respectiva economía. Más aún, en la mayoría de tales países la actividad minera se encuentra en franco proceso de declinación, y no ha logrado atraer inversiones.

Ello es consecuencia, en buena medida, de las altas tasas de impuesto y confirma la naturaleza global de la industria minera, donde las (escasas) inversiones se destinan a países con regímenes tributarios competitivos.

En minería, Chile no compite realmente con países que gravan la actividad minera con elevados impuestos.

Sin perjuicio de lo señalado, resulta interesante observar la evolución que ha experimentado el régimen tributario en Canadá, uno de los actores más importantes en el concierto minero internacional. Como resultado de significativas alzas impositivas introducidas en décadas pasadas, la inversión y actividad minera se redujo considerablemente en dicho país. Enfrentadas a esta realidad, sus autoridades han implementado un agresivo programa de reducción de impuestos.

Por ejemplo, en la provincia de Ontario, la tasa de impuesto a la renta “especial” que grava las utilidades de la minería será reducida de

20% a 10%⁶, la tasa de impuesto a la renta provincial ya se redujo de 13,5% a 8% y la tasa de impuesto a la renta federal va a ser reducida de 29,13% a 22,12%⁷. Con estos cambios, y considerando lo indicado en párrafos anteriores en materia de tratados bilaterales y acceso a los mercados de capitales, la carga tributaria efectiva en Canadá (Ontario) resulta en realidad ser inferior a la de Chile.

3.2. Un gravamen sobre las “rentas extraordinarias”

Se argumenta que el carácter “escaso y no renovable” del recurso minero permite a las empresas mineras obtener rentas extraordinarias (“rentas ricardianas” en el lenguaje de los economistas), que en Chile no estarían siendo debidamente compartidas con la sociedad. Elevar la carga tributaria al sector minero se justificaría, de acuerdo a este argumento, como una forma de corregir esta distorsión.

Esta propuesta tiene serios problemas conceptuales y prácticos.

a) En Chile muchas actividades generan una rentabilidad muy superior a la de la minería. La aplicación consistente y no discriminatoria de la propuesta obligaría a imponer impuestos especiales a todas las actividades que generan supuestas “rentas extraordinarias”.

b) No se precisa qué se entiende por “rentas mineras extraordinarias”. Si bien todos reconocen que la industria minera enfrenta riesgos particularmente altos (especialmente por lo extremadamente incierto de los esfuerzos de exploración, por la naturaleza cíclica de los precios de los metales y por la incertidumbre de las condiciones geo-metalúrgicas de los yacimientos), es difícil determinar a partir de qué nivel la rentabilidad podría ser considerada “extraordinaria”. En estricto rigor, ellas sólo podrían corresponder a la rentabilidad que obtiene el inversionista en exceso a la rentabilidad que ofrece el mercado para similar riesgo.

c) Por ello, la propuesta enfrenta el problema práctico de cómo y en qué momento del tiempo gravar la supuesta renta extraordinaria, ya que la rentabilidad definitiva de un proyecto sólo se conoce al final de la vida económica del mismo. Gravar la supuesta rentabilidad “extraordinaria” durante la vida de un proyecto correría siempre el riesgo de gravar una renta que quizá nunca va a existir.

Los proyectos mineros materializados en Chile en la segunda parte de la década de los '90 ilustran este aspecto. Durante los primeros años de

⁶ Rebajas en proceso de aprobación por parte del Poder Legislativo.

⁷ También en proceso de aprobación por el Poder Legislativo.

operación estos proyectos generaron una muy baja rentabilidad. La única forma que tales proyectos generen una rentabilidad adecuada a lo largo de toda su vida útil, es que durante los ciclos de precios altos de los metales se genere una rentabilidad que algunos podrían considerar “extraordinaria”. Gravar con un impuesto especial dicha “rentabilidad”, impediría alcanzar la rentabilidad adecuada a lo largo de la vida de un proyecto⁸.

d) Debe considerarse que las empresas que han invertido en proyectos mineros en Chile (así como los accionistas que invierten diariamente en tales proyectos, a través de la compra de acciones de las empresas inversionistas) han pagado un precio por los activos que incorpora cualquier supesta “renta extraordinaria”. En consecuencia, en la mayoría de los casos, cualquier posible “renta extraordinaria” ya ha sido capturada por agentes que no han pagado el “impuesto especial” que se pretendería cobrar ahora. La aplicación de dicho impuesto sería entonces equivalente a expropiar parcialmente a aquellos que han comprado (directa o indirectamente) activos mineros en Chile.

e) En la sección 2 se demostró que un número importante de productores de cobre ha generado una rentabilidad muy baja. A su vez, los futuros proyectos deberán enfrentar condiciones cada vez más exigentes en términos de leyes del mineral, ubicación geográfica y otros factores que inciden en la rentabilidad. Así, por ejemplo, para un nuevo “buen proyecto” de cobre en Chile⁹ es dable esperar una rentabilidad real sobre patrimonio de 13,7% antes de impuestos (9,5% después de impuestos) si el precio es de US\$ 0,85 la libra y de 16,4% antes de impuestos (11,5% después de impuestos) si el precio es de US\$ 0,9 la libra. En estas condiciones, subir la carga tributaria hace poco viable muchos de los proyectos. Ello es especialmente cierto si, como proponen algunos, la mayor carga tributaria toma la forma de un porcentaje sobre el precio de venta o de un monto sobre cada unidad producida.

Debe reconocerse que una parte importante de la opinión pública percibe que las empresas mineras privadas generan importantes ganancias, a pesar de que ello no se condice con la realidad. Las razones que podrían explicar esta contradicción son muchas y no es el propósito del presente trabajo ahondar en ellas.

⁸ Gravar supuestas “rentas extraordinarias” en determinados períodos sería sólo justo si el Estado estuviera dispuesto a devolver impuestos (o subsidiar) a la minería en períodos de precios bajos, proposición muy poco atractiva.

⁹ Éste corresponde a un proyecto que cuenta con una ley de mineral de 1%, un costo operacional promedio (incl. depreciación) de US\$ 0,64 por libra y una relación deuda/inversión inicial del 60%.

3.3. La sociedad como dueña de los recursos mineros

A pesar de la naturaleza claramente tributaria del royalty (exacción forzosa del Estado a un grupo de particulares), se ha sostenido que los recursos mineros serían de toda la sociedad y que por ello el Estado tiene el derecho a exigir una compensación o precio a quienes utilizan tales recursos. A este argumento se recurre asimismo para diferenciar la minería de otras actividades que también generan “rentas extraordinarias” pero a las que no se les ha propuesto imponer impuestos específicos, porque en muchos de los demás casos, el Estado no es el “dueño” de los recursos.

Este argumento se funda en una interpretación equivocada de una expresión idiomática utilizada por nuestra Constitución para señalar el rol tutelar del Estado sobre los recursos mineros. En efecto, a falta de una expresión jurídica adecuada a sus intenciones, el Constituyente recurrió a términos propios del derecho patrimonial privado, para señalar la extensión de la función pública del Estado como tutor de las riquezas minerales del país. Así, la Constitución señala que el Estado tiene el dominio “absoluto, exclusivo, inalienable, imprescriptible” de todas las minas, pero luego, al señalar las facultades y alcances de ese dominio, deja ver que corresponde a un dominio limitado, público, no patrimonial, y que por lo mismo no habilita al Estado a cobrar por la extracción, sino sólo a ejercer ciertas funciones legales, administrativas y tutelares. Ésa fue la interpretación de la Ley Orgánica Constitucional de Concesiones Mineras de 1981, aprobada en forma unánime por el Tribunal Constitucional. Así también lo han sostenido, entre otros, los profesores Francisco Cumplido, Juan José Romero, Alejandro Silva Bascuñán, Arturo Marín, Samuel Lira, Juan Luis Ossa, Alejandro Vergara, entre otros.

En efecto, nadie desconoce que el uso y goce de los recursos concebibles asociados a una propiedad minera (incluso para las empresas estatales) nace sólo por medio del otorgamiento de la concesión respectiva, acto administrativo que realiza el Poder Judicial.

De esta forma, el Estado es “dueño” de los recursos mineros potenciales, *sólo mientras éstos no hayan sido otorgados en concesión a terceros*. Una vez otorgada la concesión, el uso y goce de los recursos asociados a la propiedad minera, se radica efectivamente en el concesionario¹⁰. En otras palabras, la sociedad es en realidad dueña de los recursos mineros potenciales (o las “expectativas de convertir un yacimiento en una mina”). En cambio, el concesionario tiene derecho a “explotar y seguir explotando”

¹⁰ Quien, entre otras obligaciones, debe amparar la propiedad minera mediante el pago de una patente anual.

los recursos mineros durante todo el tiempo que dure su concesión, que la ley define como indefinida.

En las sustancias concesibles, antes de que se constituya la propiedad mediante la concesión, no hay ni bien jurídico ni derechos de ninguna especie para nadie. Por esta razón, incluso las empresas públicas deben solicitar y obtener la concesión minera, antes de iniciar cualquier trabajo de exploración o explotación de minerales.

La lógica detrás de estas disposiciones se encuentra en la necesidad de otorgar certidumbre jurídica a aquel que arriesga su capital en la exploración y estudios de factibilidad que prueben la existencia del recurso minero y que demuestren que éste puede ser explotado en forma económicamente viable. Ningún inversionista estaría dispuesto a incurrir en dichos gastos (que conllevan un altísimo riesgo: sólo una de cada setenta campañas de exploración resultan en el descubrimiento de un yacimiento viable) si no conoce de antemano cuáles son los términos y condiciones que son aplicables a una eventual explotación del potencial yacimiento¹¹.

Postular que las “minas son de todos los chilenos” implica no sólo desconocer nuestro ordenamiento jurídico, sino que equivale a decir a las empresas que materializaron inversiones por más de 20.000 millones de dólares, que la legislación que ha resguardado sus derechos de propiedad estaba equivocada, y que en realidad, el dueño era otro para todos los efectos prácticos importantes. Ello es un cambio crítico en las reglas del juego, y alienta en la opinión pública expectativas que no pueden ser satisfechas.

Recientemente, el Gobierno de Chile, a través de la Comisión Chilena del Cobre (Cochilco) analizó el estado y funcionamiento de la legislación minera, luego de 20 años de su entrada en rigor. El estudio, que consideró la opinión de 51 especialistas de diversas áreas, y que estudió en

¹¹ Podría, en todo caso, legítimamente cuestionarse si el “precio” que cobra el Estado por transferir el libre uso y goce de los recursos mineros *potenciales* —básicamente las patentes mineras— representa o no un valor adecuado o justo. La única forma de resolver esta incógnita sería permitir al mercado fijar el precio de los recursos mineros que potencialmente se encuentren en un área determinada, y ello solo sería posible a través de una licitación competitiva de las futuras concesiones mineras. Es improbable, en todo caso, que el Estado recaude montos significativamente distintos a través de este mecanismo, ya que antes de efectuar los gastos en exploración y estudios correspondientes, el valor de una concesión debería reflejar la probabilidad (muy baja) que en el espacio concesionado se descubra un yacimiento económicamente viable. Alternativamente, el Estado podría realizar los trabajos de exploración y estudios y licitar las concesiones de las áreas que han demostrado tener yacimientos comerciales. Si bien es cierto que ello permitiría cobrar sumas sustancialmente mayores por las concesiones de territorios que han demostrado contar con yacimientos comercialmente viables, ello se lograría sólo a costa de destinar importantes recursos a exploración y estudios, la mayoría de los cuales nunca se recuperarían. La rentabilidad social de aplicar recursos públicos para estos fines es muy dudosa.

especial el tema del royalty o regalía, concluyó en forma unánime que esta normativa ha sido un factor esencial en el desarrollo estable y sostenido de la minería chilena, y que se ajusta plenamente a nuestra realidad y características particulares. Por lo mismo, recomienda explícitamente mantenerla sin modificaciones.

3.4. ¿Recurso no renovable?

Se argumenta que la naturaleza no-renovable del recurso minero no sólo da origen a “rentas extraordinarias”, sino que también impone una obligación moral de preservar parte de esta riqueza para las generaciones futuras. Se propone entonces introducir impuestos especiales a la actividad minera con el doble objetivo de crear un fondo de “desarrollo sustentable” o un fondo de “ciencia y tecnología” y de reducir la tasa de extracción del recurso minero.

No cabe duda que la aplicación de impuestos especiales tendría como efecto reducir la tasa de explotación minera, ya que una mayor carga tributaria hace menos atractivo explotar los yacimientos de menor ley. En la jerga minera, los impuestos suben la “ley de corte” de los minerales, reduciendo las reservas económicamente explotables.

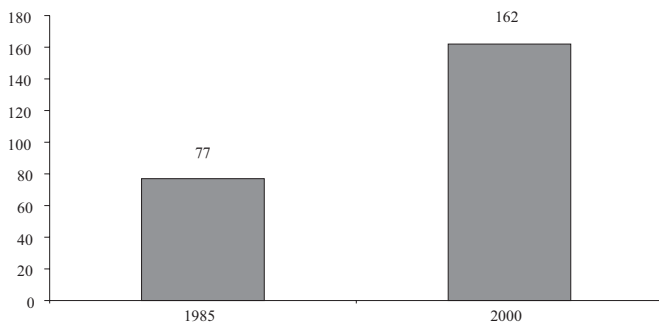
Pero el punto central está en lo cuestionable de las premisas de que los recursos mineros no son renovables.

En un sentido económico, las reservas mineras de un país (definidas como el recurso minero que puede ser explotado comercialmente) son esencialmente dinámicas, ya que dependen, entre otros muchos factores, de la tecnología disponible, de los costos de explotación y del precio de los metales, características esencialmente cambiantes. Así, por ejemplo, hoy se dispone de tecnología que hace viable la explotación de yacimientos que hace tan solo diez años atrás no lo eran. Ello explica que las reservas mineras conocidas hoy sean varias veces superiores a las reservas conocidas en el pasado, a pesar del mineral explotado en el intertanto, tal como lo muestra el Gráfico N° 9.

Las reservas mineras son, en estricto rigor, finitas y por lo tanto “no renovables”¹². Pero en un sentido económico y práctico han demostrado ser “muy renovables”. Igual evolución han experimentado otros recursos “no renovables” como el petróleo, y precisamente ha sido su “abundancia” lo que ha hecho bajar sus precios. Es por ello que no se conoce ni se habla

¹² En estricto rigor, los metales extraídos de los yacimientos nunca se “consumen”, ya que continúan estando disponibles para usos futuros a través del reciclaje. Son, por lo tanto, muy renovables, y lo único que cambia es si son proveídos por yacimientos o por las industrias recicladoras.

GRÁFICO N° 9: EVOLUCIÓN DE RESERVAS DE COBRE EN CHILE
(Millones de toneladas)



Fuente: Banco Central - Sernageomin.

de “minerales en extinción”. En cambio, si se hace referencia a un sinnúmero de recursos “en extinción” que se consideran en principio “renovables”, como el forestal, la pesca, los suelos agrícolas, etc. Si de “preservar” recursos “amenazados” se tratara —y suponiendo que introducir tributos especiales que graven tales actividades sea el instrumento apropiado para lograr tal objetivo (premisa muy cuestionable)—, aparece como injusto y discriminatorio hacerlo sólo con el sector minero. De hecho, en la práctica, la mejor forma de aumentar los recursos mineros ha sido favorecer la inversión y la exploración minera, a la vez que incorporar nuevas tecnologías.

Además, como el recurso minero ha demostrado ser esencialmente “renovable”, poco sentido tiene “preservar” dicho recurso para generaciones futuras. Más aún, el reducir artificialmente la tasa de explotación minera a través del expediente de la mayor carga tributaria representaría un dudoso ejercicio de ingeniería social. En efecto, reducir la tasa de explotación minera implica sacrificar la tasa de crecimiento de la economía hoy con el consecuente impacto adverso sobre el bienestar de las generaciones presentes y futuras. El objetivo teórico de favorecer a las generaciones futuras, entonces, no se logra.

Todo esto no sólo desafía la lógica económica (un peso hoy vale mucho más que un peso en diez años), sino que resulta también tremendamente injusto para la generación actual, ya que con toda seguridad, las generaciones futuras gozarán de un mayor bienestar que las generaciones actuales. Existe, además, un riesgo no menor de que los recursos mineros sean menos valiosos en el futuro que en la actualidad, ya que la misma

innovación tecnológica, la oferta de yacimientos de otros países, como Rusia, China, y la aparición de sustitutos son algunas de las fuerzas que pueden causar tal fenómeno. Frente a tal posibilidad, postergar la explotación de los recursos mineros sería no solo injusto sino también irresponsable.

3.5. Otros impuestos pagados por la minería

El impuesto a la renta no es el único gravamen que debe ser considerado al medir la contribución de un sector a los ingresos en arcas fiscales. La actividad minera realiza importantes pagos al Fisco por concepto de impuestos distintos al impuesto a la renta. Entre ellos cabe destacar el impuesto que grava la remesa de intereses, las contribuciones de bienes raíces, las patentes mineras, el impuesto de timbre y estampillas, entre otros.

El Cuadro N° 2 presenta el pago de impuestos realizado por la gran minería privada en el período 1990-2002.

CUADRO N° 2: IMPUESTOS PAGADOS POR LA MINERÍA PRIVADA
(Cifras en US\$ millones)

Impuestos	GMP Consejo 1990-2002
1ª Categoría y Adic. remesas Div.	1.783
Adic. intereses + otros impuestos	350
Créditos	
Otros (servicios exterior, patentes, contribuciones, derechos aduaneros, IVA rechazado)	444
TOTAL	2.577

Fuente: Consejo Minero.

4. CONTRIBUCIÓN DE LA MINERÍA AL DESARROLLO DE CHILE

El aporte de una actividad económica al desarrollo de un país debe medirse sobre la base de muchos criterios. El impuesto a la renta enterado en arcas fiscales es sólo uno de ellos, y ciertamente no el más importante. Desafortunadamente, la discusión sobre la contribución de la minería se ha centrado precisamente en el aspecto tributario.

4.1. Minería y crecimiento económico

El crecimiento económico es un requisito esencial para generar prosperidad y bienestar para los habitantes de un país. Las inversiones realizadas en minería —especialmente durante la década de los ‘90— explican parte importante del crecimiento económico experimentado por Chile. De acuerdo a las estimaciones de Sonami, al menos un 20% del crecimiento económico del país durante la década pasada se explica directamente por el crecimiento del sector minero.

El crecimiento del sector minero se debe, a su vez, a la significativa inversión realizada por la gran minería. En efecto, durante el período 1990-2002, la inversión del sector superó los US\$ 23.716 millones, de los cuales US\$ 16.465 millones corresponde a inversión extranjera, monto que corresponde al 34% de la inversión extranjera total materializada en tal período.

La inversión en minería se tradujo en un aumento significativo en la producción y exportación de metales, especialmente cobre: las exportaciones mineras aumentaron de US\$ 5.230 millones en 1990 a US\$ 7.340 millones el año 2002 (año en que el precio era considerablemente inferior). De esta forma, el sector minero ha mantenido su participación de alrededor de un 40% en las exportaciones totales del país, un logro muy significativo considerando el importante incremento que han tenido las demás exportaciones, y los deprimidos precios de los principales metales durante los últimos años.

Los mecanismos a través de los cuales el crecimiento del sector minero beneficia a la sociedad son varios. Destacan, en todo caso, el desarrollo de una red de proveedores y contratistas locales altamente competitivos, la creación de empleos permanentes especializados y bien remunerados, el desarrollo local de empresas proveedoras de servicios de ingeniería hoy valoradas a nivel mundial, y la implementación de los más grandes proyectos de construcción y montaje que se ejecutan en el país. Este aporte al desarrollo del país no es casualidad: la gran minería chilena gasta anual y ordinariamente un monto cercano a los US\$ 5,000 millones en bienes y servicios comprados en Chile.

El desarrollo de una industria proveedora de bienes y servicios en torno a la minería no sólo beneficia directamente a empresas y trabajadores de tal industria, sino a la sociedad toda. Un claro ejemplo de ello es la generación y distribución de energía eléctrica en el Norte Grande. Gracias a las importantes inversiones realizadas por dicho sector para satisfacer la creciente demanda de energía eléctrica por parte de las empresas mineras,

se ha diversificado y modernizado notablemente el parque de generación y transmisión, lo cual se ha traducido en un servicio de mayor calidad y en un precio significativamente menor para todos los consumidores de energía eléctrica del Norte Grande. De hecho, durante el período 1990-2001, el valor de la energía eléctrica en el Norte Grande se redujo a un tercio.

La minería ha efectuado una contribución también fundamental para avanzar en la descentralización del país y el desarrollo de las regiones, preocupación constante de toda la sociedad chilena. Es así como virtualmente todos los indicadores económicos y sociales han mejorado mucho más en las regiones que cuentan con una mayor proporción de actividad minera.

Ratificando todo lo anterior, el profesor Patricio Meller ha demostrado que existe un claro “círculo virtuoso” asociado al crecimiento del sector minero. Es así como, sobre la base de estudios econométricos, concluye que por cada 10% que crecen las exportaciones de cobre chilenas, el producto geográfico bruto total del país lo hace en un 1,3% en el corto plazo y en un 12,4% en el largo plazo¹³.

Considerando que el sector minero representa alrededor de un 8,2% del producto geográfico bruto del país, estos resultados confirman que el “efecto multiplicador” de la minería es muy importante.

4.2. Minería y formación de capital humano

La fuente última de crecimiento y bienestar de una sociedad la constituye la formación de capital humano. De hecho, lograr convertir los recursos geológicos en recursos humanos, a través de la educación y el crecimiento económico, fue el principal motivo impulsor de la institucionalidad que ha permitido el desarrollo de la minería chilena.

En este plano, el sector minero también exhibe una posición de liderazgo en el país, que queda de manifiesto al revisar los principales indicadores:

- Perfil educacional de los trabajadores: la gran minería representa una importante fuente de trabajo para trabajadores altamente especializados, muchos de ellos de formación universitaria. El trabajador de la gran minería ha cursado, en promedio, catorce años de estudios. Para el promedio de la fuerza laboral del país esta cifra es de nueve años.

¹³ Meller, Patricio: *Dilemas y Debates en Torno al Cobre*, 2002.

- Los trabajadores de la gran minería gozan de remuneraciones y beneficios que son marcadamente superiores a los que exhiben los demás sectores. En efecto, en el año 2002 la remuneración promedio anual de los trabajadores de las empresas socias del Consejo Minero fue el equivalente a US\$ 27.500, cifra que supera en más de cinco veces el promedio nacional. Del mismo modo, la gran minería otorga importantes beneficios a su personal, entre los cuales destacan la asistencia educacional para dependientes de los trabajadores, planes de salud y seguro de vida y la ayuda para concretar la compra de viviendas.
- La gran minería exhibe también un claro liderazgo en capacitación. Es así como en el año 2002 las empresas socias del Consejo Minero invirtieron, en promedio, US\$ 662 por trabajador en actividades de capacitación y perfeccionamiento, cifra que se compara con el promedio nacional de US\$ 20 por trabajador. Ello explica que la mayoría de las empresas socias del Consejo Minero hayan sido distinguidas por Sence en este ámbito.
- La minería ha hecho un gran esfuerzo por mejorar la seguridad en el trabajo. Estos esfuerzos han dado frutos y es así como, de acuerdo a estadísticas de la Superintendencia de Seguridad Social y la Asociación de Mutuales, la minería exhibe actualmente los mejores índices de seguridad en el trabajo a nivel nacional, superando incluso al sector de los servicios financieros.

La contribución del sector minero a la formación de capital humano no sólo se limita a las iniciativas que benefician al personal propio. Las empresas mineras participan, comprometiendo el financiamiento correspondiente, en muchas iniciativas orientadas a mejorar la calidad y el acceso a la educación de los jóvenes de las comunidades en las cuales operan.

4.3. ¿Contribución insuficiente?

Al plantear que la contribución de la minería “no es suficiente”, lamentablemente nunca se definen ni precisan los criterios y parámetros que sirven de base para formular tal planteamiento. Resulta entonces difícil poder debatir el tema en forma objetiva.

Las afirmaciones en el sentido que el sector podría “contribuir más” o que “existen espacios para una mayor contribución” son también vagas y serían igualmente aplicables a los demás sectores de la economía. Muchos

sectores podrían en teoría “contribuir más”, y sería injusto aplicar impuestos especiales y discriminatorios a la minería, con el objeto de satisfacer el deseo de algunos de ver aumentada la carga tributaria global en el país. No hay razones para exigir al sector minero una conducta “especial”.

5. CONCLUSIONES

1. El sector minero no goza de ningún privilegio en materia tributaria, y las empresas del sector cumplen cabalmente con las obligaciones que les impone la normativa vigente. A mayor abundamiento, las empresas mineras se han caracterizado por facilitar la fiscalización y por promover la transparencia de sus actividades. Todo ello ha sido confirmado en forma reiterada por las autoridades competentes.

2. El hecho de que un número reducido de empresas mineras hayan pagado impuesto a la renta en los últimos años, obedece exclusivamente a dos factores: un ciclo de precios muy bajos de los metales y altos cargos por depreciación y amortización de la inversión minera realizada —mayoritariamente— durante la segunda mitad de los años '90.

3. La contribución de la actividad minera al desarrollo y prosperidad del país ha sido notable, y puede apreciarse en todas los ámbitos que inciden en la calidad de vida de sus habitantes: crecimiento económico, encadenamientos productivos, formación de capital humano, gestión ambiental responsable e inserción en las comunidades locales, entre otras.

4. La minería es un negocio de alto riesgo y que compromete recursos por plazos largos. Los inversionistas requieren, por lo tanto, de un marco político, económico y legal estable en el tiempo. Durante las últimas dos décadas, Chile ha logrado generar ese hábitat, lo cual explica que se haya privilegiado al país como destino de las inversiones en minería¹⁴.

5. La aplicación de cobros especiales a la minería o a cualquier otra actividad, contraria el principio constitucional que asegura “la igualdad de todos ante la ley”. Mediante la propuesta de un royalty, se están incorporando nuevas formas, extra tributarias, para forzar a algunas empresas a realizar aportes especiales, lo que altera sustancialmente los principios de nuestro sistema tributario, y por lo mismo, el modelo económico que ha adoptado el país para su desarrollo.

¹⁴ Según el Índice Internacional de Competitividad Minera elaborado por el Fraser Institute de Canadá, Chile ocupa el 1° lugar como el país más atractivo del mundo para invertir en minería, destacando más sus reglas del juego que la calidad de sus recursos geológicos.

6. Elevar la carga tributaria del sector minero mediante la introducción de un cobro discriminatorio, representa un importante cambio de las condiciones que se tuvieron a la vista al comprometer las inversiones ya realizadas e introduce un factor de incertidumbre mayor para las inversiones futuras. Además, representaría un acto de expropiación parcial para las inversiones materializadas y desincentivaría la concreción de nuevos proyectos.

7. Se ha exagerado enormemente la ventaja del país en materias tributarias, al considerar sólo algunos elementos que configuran la carga total. Por ejemplo, al comparar la tributación en Chile con la de otros países, como EE.UU. y Canadá, se observa que la menor carga en Chile se debe al impacto de impuestos a la remesa de intereses y dividendos. Sin embargo, la existencia de tratados bilaterales que eliminan o reducen de manera significativa tales impuestos y el hecho que esos países cuentan con mercados de capitales muy profundos (que hacen innecesario acceder a financiamiento externo) hacen que estos impuestos no tengan mayor relevancia para estos países. Si se considera la situación más realista, en la cual un proyecto en EE.UU. o Canadá se financia internamente, la carga tributaria del proyecto se reduce a 28,4% y 49,3%, respectivamente. Ello se compara con una carga tributaria del 36,6% en Chile.

8. Asimismo, un análisis de los países que tienen royalties, revela que en ellos la minería desempeña, en general, un papel menor en su respectiva economía. Mas aún, en la mayoría de tales países la actividad minera se encuentra en franco proceso de declinación, y no ha logrado atraer inversiones.

9. La concurrencia de los Contratos Leyes suscritos al amparo del D.L. 600, y la llamada “ley contra la elusión y evasión” del año 2001, dio origen a dos tipos de contribuyentes: aquellas empresas que en virtud de contratos de inversión extranjera suscritos con el Estado de Chile antes de ese año pueden seguir usando la depreciación acelerada para determinar el impuesto a la renta que se debe pagar sobre los dividendos, y todos los demás contribuyentes. Desde ese momento, es verdad que los primeros cuentan con una ventaja tributaria transitoria. Pero ella tiene su origen en un cambio de criterio del legislador y no puede atribuirse a un proceder ilegítimo de los contribuyentes.

10. Con el correr del tiempo nuestro país ya no está solo en esta estrategia de captación de inversiones. De hecho, hace 3 años concentrábamos el grueso de las exploraciones en Latinoamérica. Hoy ocupamos el tercer lugar, luego de Perú y Brasil.

11. La afirmación de que los recursos mineros son del Estado, obedece a una interpretación equivocada de nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, el dominio “absoluto, exclusivo, inalienable, e imprescriptible” de que habla la Constitución, se refiere a un tipo de dominio público, limitado, especial y no patrimonial, que únicamente permite al Estado ejercer ciertas funciones públicas, legales y administrativas, como por ejemplo entregar, a través de los tribunales, una concesión de explotación indefinida a quien lo solicite. El constituyente utilizó una expresión propia del derecho patrimonial privado por no existir en la dogmática jurídica otra expresión adecuada, pero la vació de contenido. Por ello, el dominio público sobre las minas no faculta para usar y gozar de ellas, ni para cobrar un precio o regalía por la extracción de minerales. Así lo ha entendido nuestra legislación minera, el Tribunal Constitucional, y la mayoría de los especialistas en el tema. Sostener lo contrario equivale a decir que la legislación que permitió la inversión minera de los últimos años estaba equivocada en su punto central, y que los derechos de propiedad que garantizaba no correspondían al titular de la concesión minera sino al Estado, al menos en todos los aspectos prácticos y jurídicos relevantes.

12. Desde un punto de vista económico, los yacimientos mineros comienzan a tener existencia económica cuando el minero los explora y pone de manifiesto, por su cuenta y riesgo, dándoles un potencial destino productivo. Un recurso minero que no se conoce o que no se puede usar, no tiene valor económico. En esta situación están los recursos potenciales de muchos países del mundo, que observan una larga historia de inestabilidad y pobreza.

13. Por ello sostener que los impuestos especiales se justificarían por el carácter “social” de la propiedad de los yacimientos mineros implica desconocer nuestro ordenamiento jurídico. Sólo de aquellos recursos que no se conocen y que no han sido entregados en concesión, puede decirse que son “sociales”. Así, lo que verdaderamente pertenece a la sociedad son los “potenciales recursos mineros”, que no generarán ningún tipo de riqueza hasta que sean concedidos y capten inversiones mineras.

14. El verdadero aporte de la minería al país está en la cadena “inversión-crecimiento-calidad de vida-recaudación tributaria”, que se realiza captando inversiones de magnitudes difíciles de alcanzar en otras actividades. Cuando una empresa minera explota el subsuelo, el país no sufre deterioro patrimonial, sino todo lo contrario.

15. Las reservas mineras dependen, entre otros factores, de la tecnología disponible, de los costos de explotación y del precio de los metales,

todos de características esencialmente cambiantes. Ello explica que las reservas mineras conocidas hoy aumenten en forma directamente proporcional al mineral explotado en el período. Ello confirma la tesis de que en la práctica, la mejor forma de aumentar los recursos mineros es favorecer la inversión, la innovación tecnológica y la exploración minera.

16. La propuesta de un impuesto para “postergar” la explotación de recursos mineros, buscando que generaciones futuras también se beneficien de esta riqueza, no considera que para todos los efectos los recursos mineros han demostrado ser muy renovables. Representa, además, una propuesta muy injusta para las generaciones actuales, con más necesidades económicas y sociales que las que, con toda seguridad, tendrán las generaciones futuras.

17. Muchos creen que las empresas del sector gozan de una alta rentabilidad. Sin embargo, la rentabilidad del sector en los últimos años ha sido muy pobre, y en muchos casos, ello ha coincidido con la mayor parte de la vida de muchas de las empresas de la gran minería. Además, como sucede en cualquier actividad y en cualquier sector de la economía, existen importantes diferencias entre cada una de las empresas mineras.

18. El proyecto que el Congreso rechazó, se fundaba en la necesidad de contar con recursos para ciencia y tecnología. Pero esta necesidad del país podría ser satisfecha desde ya, mediante destinación de fondos realizada a través de la Ley de Presupuestos. No existe vínculo alguno entre la actividad minera y la conveniencia de incrementar el desarrollo tecnológico del país.

19. Cualquier aumento de costos por vía legal-tributaria constituye un elemento de competencia desleal, ya que generaría importantes ventajas relativas a uno de los actores mineros del país, en desmedro de todos los demás (por ejemplo, para calcular el valor de un activo que se licita o vende). Porque para Codelco, y para su dueño, es indiferente que sus utilidades sean transferidas vía utilidades o vía impuesto. El efecto es el mismo. El royalty sólo afectará a la minería privada.

20. También se ha fundado la propuesta de este cobro adicional o royalty, en la existencia de “utilidades excesivas” (que el ejecutivo ha calculado en un 19% promedio para las 10 mayores empresas mineras del país). Ello constituye un precedente muy fácilmente extendible a cualquier otro sector donde el país tenga ventajas competitivas.

ANEXO

El caso Disputada

Disputada nunca pagó impuesto a la renta durante los 24 años que lleva operando en Chile, lo que para algunos constituye una de las mayores pruebas del abuso de la legislación tributaria por parte de la minería privada. Si bien el presente trabajo no tiene por objeto analizar en detalle la situación de Disputada, sí resulta importante efectuar los siguientes alcances de carácter general:

a) Cuando en el año 1978 Exxon compró Disputada a Enami, ésta era una empresa sin viabilidad económica y con instalaciones obsoletas. En el país y la región reinaba un clima de inestabilidad política y económica, y con las tasas de endeudamiento a que podía acceder el Estado, resultaba inviable realizar nuevas inversiones rentables. Durante sus 24 años de funcionamiento, Exxon aumentó la capacidad de Disputada de 25.000 a 250.000 y redujo los costos por libra de cobre producida de 100 a 62 centavos. Asimismo, teniendo una relación deuda capital autorizada de 3/1, su relación promedio fue de 2/1, contrayendo créditos a tasas muy inferiores al promedio nacional. De hecho, durante la década de los 80, el promedio de las tasas de endeudamiento fiscalizadas por el Banco Central fue de Libor más 10 por ciento. En cambio Exxon obtuvo créditos a una tasa promedio de Libor más 1,4 por ciento.

Estas razones, sumadas al descubrimiento de nuevas reservas, explican por sí solas el aumento de valor de la compañía.

b) Si bien el caso Exxon causó un fuerte impacto público, existen casos comunes y similares que no llaman la atención.

Piénsese, por ejemplo, en un proyecto inmobiliario que se vende lentamente, generando pérdidas para sus dueños. A nadie puede sorprender que un proyecto de este tipo pueda no generar impuestos durante años.

En el mismo ejemplo, tampoco sorprende que los dueños decidan vender el proyecto en un momento dado, recibiendo un precio por los terrenos y departamentos que no han sido vendidos, a pesar de —al igual que Disputada— no haber pagado impuestos por años.

c) Si Disputada nunca pagó impuesto a la renta (salvo al momento de su compra por parte del grupo Anglo American el año 2002), ello significa que, en términos acumulados, nunca tuvo utilidades tributarias.

Cuestionar que la empresa nunca haya pagado impuesto a la renta, implica cuestionar su declaración de renta. El hecho que el Servicio de Impuestos Internos nunca haya cuestionado dichas declaraciones, obliga a

pensar que éstas efectivamente se ajustaron a la normativa vigente, y que reflejaron correctamente los resultados de la empresa.

d) Se ha planteado que es poco “creíble” que una empresa opere con pérdidas durante un período de 24 años, toda vez que un objetivo esencial de toda inversión es el maximizar utilidades. Se sugiere, entonces, que Disputada se mantuvo operando porque sus dueños sí obtenían una utilidad, seguramente usando algunos de los “subterfugios” que se discuten en el texto principal.

Este razonamiento desconoce que, para tomar la decisión de cierre de una operación minera, los resultados pasados son irrelevantes.

Lo que sí es relevante para tal decisión son los “costos de cierre” (nada despreciables en faenas mineras) y, fundamentalmente, el futuro del negocio. La decisión de los antiguos dueños de Disputada de mantener la faena operando, a pesar de las pérdidas que generaba, se puede explicar por las razonables expectativas de mejores resultados futuros. De hecho, las inversiones realizadas por Disputada (US\$ 2.400 millones durante los 24 años, expresado en moneda actual), el descubrimiento de nuevas reservas y la notable reducción de costos alcanzada, avalan esta explicación. El precio pagado por la empresa el año 2002, aproximadamente US\$ 1.300 millones, apunta en la misma dirección.

e) Para los críticos del “caso Disputada”, no resulta aceptable que una empresa que registra pérdidas en sus resultados, pague intereses por los préstamos contratados con sus dueños, y al mismo tiempo, no pague impuesto a la renta. Este cuestionamiento debe rechazarse, ya que desde el punto de vista de la recaudación fiscal, es irrelevante que el pago de intereses se efectúe a una casa matriz o a un banco, mientras tales intereses correspondan a términos de mercado. Por ello, la situación descrita está contemplada expresamente en nuestro régimen tributario, así como en el de casi todos los países del mundo.

f) Se ha mencionado que Disputada pagó “elevados” intereses a la casa matriz por la deuda contraída con esta última. Así, sus antiguos dueños habrían hecho de Disputada un negocio “básicamente financiero”. Esta acusación desconoce que las tasas de interés pactadas se ajustaron siempre a los niveles de mercado imperantes (de otra forma, los contratos de préstamo nunca habrían sido aprobados por el Banco Central de Chile). Desconoce también que el monto de deuda contratada se ajustó estrictamente a lo autorizado por el Estado de Chile en el contrato de inversión extranjera respectivo (de otra forma, ello habría sido representado y sancionado por el Comité de Inversiones Extranjeras y por Cochilco).

En consecuencia, debe suponerse que los cargos a resultado por concepto de intereses se ajustaron siempre y estrictamente a lo autorizado por la normativa y aprobado por las autoridades competentes.

g) Como en todas las actividades, hay negocios buenos, regulares y malos. La minería no es una excepción. Un negocio en el cual el dueño recupera sólo el capital y los intereses por los préstamos concedidos, cae claramente en esta última categoría. Por ello, es de toda lógica que nuestra ley no exija pagar impuestos a la renta cuando no se ha generado renta alguna.

REFERENCIAS

Codelco. *Memorias*. Santiago.

Consejo Minero: *Informe de la Gran Minería Chilena*. Santiago: 2003.

Consejo Minero: "Informe de Gestión (2000-2002)". Santiago.

Meller, Patricio: *Dilemas y Debates en Torno al Cobre*. Santiago: Dolmen Editores, 2002.

Moussa, Nicole: "Perfiles Tributarios y Rentabilidad de la Inversión". Documento presentado en la Quinta Conferencia Interparlamentaria de Minería y Energía para América Latina (CIME), realizada del 18 al 20 de julio de 2001.

Otto, James: *Global Mining Taxation*. Colorado School of Mines, 2000. ☐

LAS EMPRESAS MINERAS Y LA BUENA FE CONTRACTUAL*

Joel González Castillo

El autor hace un análisis crítico del comportamiento tributario de las empresas mineras. Sostiene que éstas, amparadas en vacíos legales o, en algunos casos, derechamente en resquicios, han evitado el pago de impuestos. Rechaza el establecimiento de un royalty por su inconstitucionalidad y por atentar contra principios básicos del derecho. Finalmente, propone la dictación de una ley modificatoria o interpretativa del Código de Minería para que las empresas mineras no sigan postergando el pago de impuestos.

JOEL GONZÁLEZ. Abogado. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master en Derecho de la Unión Europea (Universidad Complutense de Madrid) y Magíster en Derecho de la Empresa (P. Universidad Católica de Chile).

*El autor agradece la colaboración de Carlos Ferrada Montero, ayudante del curso de derecho civil, Facultad de Derecho, P. Universidad Católica de Chile.

Este trabajo fue presentado en el seminario "Tributación minera: ¿Se ha cumplido la ley?", realizado en el Centro de Estudios Públicos el 15 de julio de 2004.

1. BUENA FE Y FRAUDE LEGAL

El artículo 1.546 del Código Civil ordena que: “Los contratos deben cumplirse de buena fe...”.

Esta norma del Código Civil es aplicable a toda legislación, sea ésta civil, comercial, tributaria, etc., porque consagra uno de los llamados principios generales del derecho, recogido por lo demás en todas las legislaciones.

Antes de entrar al estudio de algunas de las herramientas que usan las mineras, pondremos en evidencia, con ejemplos muy sencillos, cómo, muchas veces actuando “dentro de la ley”, se comete fraude legal.

En Chile, los cónyuges que se encuentran casados en régimen de sociedad conyugal pueden sustituir dicho régimen por el de separación de bienes. Así lo permite expresamente el artículo 1.723 del Código Civil. Los motivos por los cuales los cónyuges sustituyen un régimen por otro pueden ser diversos, pero el legislador, sin necesidad de decirlo, ideó dicha alternativa para fines lícitos. Así, por ejemplo, si el marido decide emprender una actividad empresarial y no desea comprometer los bienes de la sociedad conyugal, puede acogerse al estatuto de la separación de bienes. Hasta aquí ninguna objeción. Pero muy diferente es la situación cuando los cónyuges, como se observa diariamente, para eludir a sus acreedores recurren rápidamente a la separación de bienes y así colocan su patrimonio fuera del alcance de aquéllos. ¿Podría alguien sostener que el legislador dio la posibilidad de sustituir un régimen por otro para eludir a los acreedores? Obviamente que no; pero nótese, y esto es lo que hay que resaltar, que se está actuando “dentro de la ley”. Sí, formalmente dentro de la ley, pero haciendo lo que la ley no quiso. En esto consiste lo que la doctrina civilista llama el fraude a la ley. Con razón los juristas romanos decían *fraus omnia corrumpit* (el fraude todo lo corrompe). Ulpiano, en una definición no superada, decía: “Se comete fraude contra la ley cuando se hace lo que la ley no quiso, aunque expresamente no lo prohibió, y hay tantas formas de obrar contra la ley, cuantas se conocen entre las palabras y el sentido”¹.

Pocas conductas son tan constantes en toda época y bajo cualquier legislación, como las que llevan al fraude.

La repugnancia al fraude es un principio universal, ya sea fundado en el derecho natural o bien en el derecho positivo.

¹ *Digesto*, Libro I, Título III, Ley XXX.

Desde el ángulo de la pura moral, como ha sostenido H. Batiffol², especialista en derecho internacional privado, rama del derecho en la cual es muy frecuente el fraude a la ley, “el valor de un acto es inseparable de su fin, desde el instante en que éste sea establecido, si es ilícito. Un fin lícito no legitima un acto ilícito: el fin no justifica los medios; pero un fin ilícito vicia el acto intrínsecamente lícito”. Esta afirmación es el resultado de un tema clásico de la teología cristiana.

En conclusión, jamás podrá justificarse moralmente un acto por su mera apariencia y desligarse por entero de su fin torcido.

Se podrá sostener que al indagar en los fines de un acto o contrato se está confundiendo la moral y el derecho, pero lo jurídico y lo valórico no van por caminos diferentes. Aun los sistemas jurídicos más positivistas dan prueba de ello. Entre nosotros basta citar, verbi gracia, el artículo 24 del Código Civil que ordena interpretar la ley considerando, entre otros elementos, el “espíritu general de la legislación”, el artículo 11 del mismo cuerpo legal que dispone: “no se dejará de aplicar la ley, aunque se pruebe que el acto que ella anula no ha sido fraudulento o contrario al fin de la ley”, etc.

No está de más señalar que el derecho comparado moderno, apartándose del formalismo y la rigidez que durante muchísimos años imperó en materia de aplicación de la ley, recurre cada vez más a instituciones impregnadas de un fuerte subjetivismo para ir más allá de la apariencia de un acto o contrato o del tenor literal de la ley. Es cosa de ver los códigos civiles modernos como el alemán, italiano, etc., para observar cómo la buena fe, el fraude a la ley, el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho, la teoría de la causa, son favorablemente acogidos.

En el propio mundo anglosajón, de donde provienen la mayoría de las empresas mineras radicadas en Chile, es conocida la doctrina del “levantamiento del velo”, con la cual las cortes norteamericanas o inglesas prescinden del tipo formal societario para ver lo que hay detrás de la aparente sociedad.

En Chile, hace sólo algunos años nuestros tribunales recurrieron a la teoría del abuso del derecho, figura íntimamente vinculada al fraude a la ley, en un caso emblemático como lo fue el recurso de protección —acogido— que interpuso el Banco Central en contra de la capitalización que hicieron los accionistas serie B del Banco de Chile que postergaban el pago de la deuda subordinada alegando que no existían utilidades porque ellas habían sido capitalizadas.

² Citado por Domínguez Águila, Ramón: “*Fraus omnia corrumpit*: Notas sobre el Fraude en el Derecho Civil”, 1992, pp. 73-96.

Este caso tiene particular relevancia por su similitud con el tema que nos ocupa. En primer lugar, la alegación de aquellos accionistas era la misma que sostienen hoy las mineras, en el sentido que no se trataba de que ellos no estuviesen pagando la deuda subordinada sino que sólo se estaba postergando su pago. Lo mismo dicen hoy las mineras en relación al pago de los impuestos. En seguida, en ambas situaciones se trataba de mecanismos —capitalización y depreciación acelerada— expresamente permitidos por la ley, pero con claridad magistral la Corte Suprema señaló: “Que establecido que los recurridos (los accionistas) al proponer y acordar una capitalización *desviándose del sentido y espíritu tenido en cuenta por el legislador* en las situaciones excepcionales en que se dictaron las leyes N°s. 18.401 y 18.801, ya que dicho acuerdo se adoptó para el solo efecto de procurar una situación de especulación favorable a los intereses económicos de unos pocos accionistas y en contra de los del propio Banco Central de Chile, corresponde determinar si *el abuso del derecho, advertido precedentemente*, importa además una ilegalidad o arbitrariedad en los términos señalados en el art. 20 de la Constitución Política y que sirva para la procedencia del recurso de protección”³.

2. APLICACIÓN DE LA BUENA FE Y EL FRAUDE LEGAL AL COMPORTAMIENTO DE LAS EMPRESAS MINERAS: ANÁLISIS DE DOS CASOS

El cuestionamiento al aporte impositivo de las mineras se debe al uso de una serie de mecanismos, entre los cuales suelen citarse los siguientes: uso de la depreciación acelerada⁴; pago de dividendos sin pagar impuesto a la renta; intereses excesivos pagados a empresas relacionadas; declarar precios artificialmente bajos para sus exportaciones (precios de transferencia); no declarar el verdadero cobre contenido en concentrado ni de los subproductos contenidos en el mismo, especialmente cuando se trata de ventas a sus casas matrices o empresas relacionadas radicadas en el extranjero; pagar precios artificialmente elevados por concepto de cargos de tratamiento y refinación en la venta de concentrado de cobre a sus casa matrices o a empresas relacionadas radicadas en el extranjero; organizarse

³ Lo destacado es nuestro. Corte Suprema, sentencia de 22 de abril de 1996, considerando 25°, Rol N° 33021.

⁴ Joaquín Fernandois, historiador de la Pontificia Universidad Católica, fuerte opositor al royalty, reconoce que: “Puede ser que alguna compañía ha usado la depreciación acelerada u otra facilidad de una manera que se parezca a una técnica sistemática del rescuicio legal”, revista *Qué Pasa*, N° 1736, semana del 16 al 22 de julio de 2004, p. 38.

como sociedades contractuales mineras, lo cual les permite eludir impuestos; realizar operaciones en los mercados a futuro de metales con el objeto de transferir utilidades a sus casas matrices; etc.

Muchos de estos mecanismos aisladamente considerados no tienen nada de reprochable en sí, pues son contemplados expresamente por el legislador, y no sólo para el sector minero sino para cualquier otro de la actividad económica nacional, de modo que nuestro cuestionamiento es trasladable perfectamente a cualquier otra industria que se valga de ellos en la forma que se pasa a analizar.

Analizaremos a continuación sólo dos situaciones —los ejemplos podrían multiplicarse—⁵, una aplicable a toda la industria minera y en seguida un caso particular para demostrar cómo son figuras constitutivas de fraude a la ley.

2.1. Pago de “intereses” a las matrices de las empresas mineras evitando el pago del 35% si se tratare de utilidades (*back to back*)

Antes de la dictación de la Ley N° 19.738 del 19 de junio del 2001 (normas para combatir la evasión tributaria) el artículo 59 inciso 4° N° 1 letra b) de la Ley de la Renta señalaba que estarían afectos a una tasa de un 4% los intereses provenientes de “créditos otorgados desde el exterior por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales...”.

Como cualquier lector desinteresado comprendía, dicho artículo estaba pensado, como fue el espíritu del legislador, para aquellos intereses que las empresas mineras instaladas en Chile pagaren por créditos verdaderos, no simulados, contratados para desarrollar sus labores de exploración y explotación de los yacimientos mineros. Se trata aquélla (4%) de una tasa sumamente atractiva, pues la regla general es que los intereses pagados a personas sin residencia ni domicilio en el país tributen un 35%.

⁵ Así por ejemplo, las pérdidas en los mercados de futuro del cobre. Esta forma de evasión ha sido utilizada en los años en que las utilidades han sido importantes debido al alto precio del cobre, por lo que el método más efectivo para reducir y hacer desaparecer las utilidades y no tener que pagar impuestos a la renta, consiste en obtener cuantiosas pérdidas en los mercados de futuro del cobre. Para realizar estas pérdidas, se vende una cierta cantidad de opciones de cobre a un precio determinado, comprando posteriormente esas mismas opciones a precios superiores de veinte o más por ciento. Esto genera una pérdida contable para la filial minera chilena, pero que se transforma en una utilidad para la empresa extranjera que efectuó la compraventa de opciones de futuro, la que necesariamente debe ser otra filial de la casa matriz de la empresa minera chilena que realizó la pérdida, filial que, además, podría estar domiciliada en un país o isla con paraíso fiscal.

¿Qué ocurrió sin embargo? La práctica demostró que las matrices de las mineras depositaban cuantiosos recursos en un banco de un paraíso fiscal y éste aparecía como otorgando un crédito a la filial chilena de aquella matriz extranjera. Luego, dos consecuencias negativas para el país: primero, las utilidades se remesaban al extranjero disfrazadas del pago de intereses que, como hemos dicho, sólo pagan un 4%, y en segundo lugar se reducían así artificialmente las utilidades en Chile, pagándose en definitiva menos impuestos.

Se podrá decir que lo anterior parte de un supuesto, cual es que se trataba de deuda relacionada. Pues bien, esto no está en discusión. En efecto, por ejemplo, el representante de Anglo American señaló ante la Comisión Especial encargada del estudio de la tributación de las empresas mineras que: “En relación a las deudas de Disputada de Las Condes, siempre se trató de préstamos otorgados por empresas relacionadas”⁶.

También se ha sostenido que en el caso de los créditos provenientes del exterior lo que interesa únicamente serían la cuantía de la deuda y la tasa de interés, y no así la identidad del acreedor. Quienes así piensan se apoyan en que el artículo 59 inciso 4° N° 1 letra b) de la Ley de Impuesto a la Renta no distinguía si se trataba o no de un acreedor relacionado. Ya se ha dicho, sin embargo, que ése no fue el espíritu del legislador y que claramente la idea era que el pago de una tasa de 4% sólo tenía lugar frente a un crédito otorgado por un tercero extraño, no relacionado con la empresa minera chilena, pues de otra forma las utilidades se remesaban al exterior disfrazadas del pago de intereses pagando sólo dicha tasa y no el 35% que en realidad correspondía.

Otra objeción que se hace a nuestro planteamiento es que todas las tasas, condiciones de los créditos, etc., fueron oportunamente fiscalizadas por el Banco Central, Cochilco, etc., pero la verdad de las cosas es que, la mayoría de las veces, más que de una fiscalización se trataba de un simple registro de información ante una serie de organismos públicos, muchas veces sin ninguna coordinación entre sí, actuando cada uno de ellos en forma compartimentada, por lo que existía en la práctica baja o nula fiscalización. Obviamente ésta no es una crítica a las mineras sino al Estado mismo y sus organismos que dejaron actuar con gran latitud a las mineras.

Mecanismos como el descrito, que llevan a cargar en los resultados de las empresas mineras sumas “especialmente elevad[a]s”⁷, desvirtúan la

⁶ Intervención de don Patrick Esnouf. Senado de Chile, Informe de la Comisión Especial encargada del estudio de la tributación de las empresas mineras, mayo 2004, p. 149.

⁷ Así lo califican los propios gerente de estudios y gerente de asuntos gremiales de la Sociedad Nacional de Minería, Francisco Javier Leturia y Álvaro Merino (véase “Tributación y Minería en Chile: Antecedentes para un Debate Informado”, en esta misma edición, p. 209.)

recurrente afirmación de que ellas no han pagado impuestos exclusivamente por el tema de la depreciación acelerada y por el bajo precio del cobre en los mercados internacionales.

El legislador, al consagrar el beneficio de un 4% para ciertos intereses, perseguía hacer menos onerosa la contratación de créditos externos; jamás imaginó que se utilizaría para evadir impuestos remesando utilidades vía pago de intereses al exterior.

La defensa de las mineras era muy fácil. Estaban actuando formalmente conforme a la ley, pero sabiendo que se estaba utilizando la norma para un fin no querido por ella.

Se podrá argumentar que el legislador fue poco cuidadoso o prolijo al redactar la norma en la forma transcrita, pero ello no es así porque por definición la ley, como lo sabe cualquier estudiante de derecho, es una norma de carácter general, abstracta, no casuística ni menos pensada ni redactada para aquellos cuya conducta es contraria al de ese hombre que en el derecho anglosajón se llama *hombre razonable*, en el derecho europeo continental *buen padre de familia* o en el derecho germánico *leal comerciante*.

La reacción del legislador no tardó en llegar y es así como la referida Ley N° 19.738 y posteriormente la Ley N° 19.879 tuvieron que regular detalladamente los denominados créditos relacionados, cuándo se estaba en presencia de ellos, establecer que cuando había sobreendeudamiento por créditos relacionados la tasa sería de un 35%, etc., todo lo cual hubiese sido absolutamente innecesario si las mineras hubieren actuado de buena fe.

Sobre este punto transcribimos la intervención del Ministro de Hacienda Nicolás Eyzaguirre ante la Comisión Especial encargada del estudio de la tributación de las empresas mineras:

¿Cuál es la relación deuda/capital razonable? Un estudio de la situación de empresas listadas en Bolsa muestra que la relación de deuda/capital total de esas empresas difícilmente excede de 3, salvo los bancos que tienen una de 15. La razón es simple, el capital es el colateral (léase garantía) que tiene el prestamista en caso que el proyecto vaya mal; y difícilmente un prestamista va a prestar 10 veces al colateral, porque si le va mal sólo se va a resarcir en un 10% del dinero que colocó. No es razonable que un prestamista, que no está relacionado con el dueño, arriesgue una razón deuda/capital que exceda de tres.

Una relación deuda/capital de 3 no puede considerarse como restrictiva. Relaciones mayores despiertan sospechas de endeudamiento con objetivos distintos al del negocio o rubro. Durante los años 90, en las empresas mineras se observaron relaciones deuda/capital de hasta 81 veces en una empresa y de casi 50 en otra.

Para regular esta situación de pagar menos impuesto a través de endeudamiento relacionado, se dicta la Ley contra la Evasión que pone límite para el endeudamiento relacionado 3 veces el patrimonio. Por sobre ese monto, los retornos del endeudamiento no pagan 4%, sino 35%. Si la empresa quiere endeudarse más, puede hacerlo, pero para fines impositivos va a considerarse como capital”⁸.

Refiriéndose al caso de Disputada, el senador Jorge Lavandero explica:

Es públicamente conocido que Disputada de Las Condes pagaba a filiales de Exxon en Bahamas y Bermuda en promedio US\$ 70 millones anuales en intereses financieros, lo que equivale al 30% de sus costos de explotación o 20% de sus ingresos por ventas. Las dos mayores empresas mineras extranjeras, tienen elevados costos financieros: Minera Escondida Ltda. en su balance público por el año 2000, a once años de iniciada su explotación, admite gastos financieros por US\$ 112 millones, equivalente al 15,7% de sus costos de explotación o de 8,6% de sus ventas. Minera Collahuasi SCM, en el balance publicado por el año 2000, declara pago de intereses financieros por US\$ 124,8 millones, lo que equivale al 24% de sus costos de explotación o 15,1% de sus ingresos por venta. Por esta razón, algunos expertos expresaron que si los que entregan los créditos son financieras relacionadas, ello quiere decir que los grupos que invierten en la minería chilena cuentan con los recursos necesarios para aportar capital a la filial chilena, y no créditos relacionados. Ello demostraría que la razón principal del alto endeudamiento con financieras tiene como [motivo] esencial, [...] contrariamente a lo que ocurre en Norteamérica, [el hecho de que] en Chile se paga un impuesto demasiado bajo por los intereses de apenas 4%, que es nueve veces inferior al impuesto a la renta⁹.

2.2. La pretendida venta de Disputada de Las Condes en el extranjero para evitar así el pago del impuesto a la ganancia de capital

El artículo 10° de la Ley de Impuesto a la Renta, antes de la Ley N° 19.840 de 23 de noviembre del 2002, señalaba: “Se considerarán rentas de fuente chilena, las que provengan de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en él cualquiera que sea el domicilio o residencia del contribuyente. Son rentas de fuente chilena, entre otras, las regalías, los derechos por el uso de marcas y otras prestaciones análogas derivadas de la explotación en Chile de la propiedad industrial o intelectual”.

⁸ Senado de Chile: “Informe de la Comisión Especial Encargada del Estudio de la Tributación de las Empresas Mineras”, mayo 2004, p. 17.

⁹ *Ibidem*, p. 394.

Disputada de Las Condes, que durante 25 años presentó “pérdidas tributarias”, fue vendida en 1.300 millones de dólares y jamás pagó el impuesto de primera categoría, esto no obstante haber extraído y exportado nada menos que 3.000.000 de toneladas métricas de cobre, recurso no renovable y principal riqueza de nuestro país.

A mediados del año 2002 Exxon Mobil Minerals pretendió vender en el extranjero a Anglo American la empresa minera Disputada de Las Condes. Argumentando que se trataba de una transacción entre empresas extranjeras y realizada fuera de Chile, se afirmaba que no correspondía pagar impuestos por dicha operación. El aprovechamiento del vacío legal era evidente.

Nuevamente el legislador tuvo que reaccionar y así, en virtud de la Ley N° 19.840, agregó al art. 10 citado lo siguiente: “Asimismo, son rentas de fuente chilena las que se originen en la enajenación de acciones o derechos sociales o representativos del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en el país, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile...”. Nada de esto, al igual que en el caso anterior de los intereses, hubiese sido necesario si se hubiere actuado de buena fe.

3. IMPROCEDENCIA DEL ROYALTY

Sin ser el objeto de este trabajo, es conveniente dejar sentado nuestra oposición al establecimiento de un royalty o regalía a la actividad minera, por las siguientes consideraciones, entre otras.

Primero, se trata de un impuesto (no de un derecho como pretende el Gobierno) discriminatorio porque sólo afecta a un sector de la actividad económica nacional, y además específico, ya que estaría destinado a la creación de un “fondo de innovación para la competitividad”, extremos ambos prohibidos expresamente por el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política.

Segundo, no parece aceptable que el Gobierno, como represalia por el no pago de impuestos de las mineras, quiera gravarlas con un royalty o regalía, pues el Estado tenía, antes y ahora, muchas herramientas para hacer una fiscalización oportuna y real de lo que estaban haciendo las mineras, por tanto no puede ahora pretender endosarles su propia responsabilidad. Como dice el viejo aforismo: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede aprovecharse de su propia culpa o negligencia).

Tercero, establecer un royalty atenta contra los principios de la intangibilidad de los contratos y *pacta sun servanda* (el contrato es ley para las partes, artículo 1545 del Código Civil), lo que en la especie se ve agravada desde que estamos en presencia de un “contrato-ley” que por definición le impide al Estado modificar unilateralmente ese tipo de contratos.

Cuarto, gravar con un royalty a los proyectos mineros en actual ejecución implica darle efecto retroactivo a la ley vulnerando derechos adquiridos, afectando de esta manera la garantía constitucional del derecho de propiedad fuertemente protegido por el constituyente de 1980.

Quinto, un royalty a los actuales proyectos vulnera la certeza o seguridad jurídicas que debe informar todo acto o contrato.

4. UNA LEY MODIFICATORIA O INTERPRETATIVA COMO SOLUCIÓN AL APOORTE TRIBUTARIO DE LAS MINERAS

Si las empresas mineras comenzaran a tributar, probablemente muchas de las críticas que se les formulan terminarían o se atenuarían en consideración.

La tributación de las mineras cambiaría sustancialmente si se constituyeran como sociedades anónimas.

¿Por qué prácticamente la unanimidad de las empresas que conforman la gran minería del cobre se han organizado como sociedades de personas, sociedades de responsabilidad limitada o sociedades contractuales mineras? La respuesta es simple: porque la Ley de Impuesto a la Renta da un tratamiento distinto a los retiros en exceso dependiendo de si es una sociedad anónima o una sociedad de personas. Antes de explicar esta regulación diferenciada es necesario precisar el concepto que la Ley de Impuesto a la Renta da de sociedad de personas. Este cuerpo normativo en su artículo 2°, número 6°, conceptualiza *la sociedad de personas* como *las de cualquier clase o denominación excluyéndose únicamente las anónimas*. Es un concepto amplio que comprende las sociedades de responsabilidad limitada y las sociedades contractuales mineras.

Hay que tener presente que existen dos contabilidades, una tributaria y una financiera. La primera tiene relevancia para efectos de determinar la renta líquida imponible afecta al impuesto de primera categoría; la segunda interesa para conocer el resultado económico de la compañía. Estas dos contabilidades no siempre coinciden, así es posible que una empresa tenga pérdidas tributarias y utilidades financieras. La depreciación acelerada, aquella ficción legal que permite usar concentradamente el gasto total

de depreciación de los bienes, es la causa principal de las diferencias que existan en ambas contabilidades.

Otro concepto que requiere una explicación previa es el de Fondo de Utilidades Tributables, en adelante FUT. Es el control de las utilidades tributables de una sociedad y de los retiros que hagan los socios. Los retiros en exceso se producen cuando se sacan de la sociedad utilidades financieras que superan las utilidades tributables o cuando estas últimas no existen. En conclusión, los retiros en exceso siempre van a corresponder a utilidades financieras.

Como se dijo anteriormente, el tratamiento tributario que reciben estos retiros en exceso varía según si estamos frente a una sociedad anónima o una sociedad de personas.

En una *sociedad anónima*, los retiros en exceso que hagan los socios *siempre* tributan impuestos finales, adicional o global complementario, y no puede usarse el impuesto de primera categoría como crédito contra estos tributos.

En una *sociedad de personas*, los retiros en exceso que realicen los socios quedan gravados con impuestos finales, pero su pago se posterga hasta que la sociedad revierta su situación tributaria y tenga un FUT+, o sea utilidades tributables. Esta postergación, en el caso de las mineras, puede ser indefinida en el tiempo, como lo ilustra el caso de Disputada de Las Condes, cuya propietaria, la transnacional Exxon, estuvo veinticuatro años en Chile, extrajo y exportó 3.000.000 de toneladas métricas de cobre, y siempre tuvo pérdidas tributarias, por ende jamás pagó impuestos a la renta, ni de primera categoría ni impuestos finales. No sólo eso, además la empresa compradora, la sudafricana Anglo American, heredó cientos de millones de dólares de pérdidas tributarias que podrá continuar usando para postergar el pago de impuestos (en efecto, Anglo American heredó pérdidas tributarias por US\$ 553 millones, pero llegó a un acuerdo con el Servicio de Impuestos Internos para que se dedujera de esta cantidad la suma de US\$ 169 millones, quedando en definitiva con pérdidas por US\$ 384 millones).

Según Juan Toro, director nacional del Servicio de Impuestos Internos¹⁰, los retiros de utilidades financieras no afectan a impuestos finales en empresas mineras organizadas como sociedad de personas, anualmente es del orden de los US\$ 400.000.000, cuya tributación “*está pendiente*”.

Ésta es la principal vía que han utilizado las mineras para eludir el pago de impuestos a la renta, y por ello resulta imprescindible que se

¹⁰ Idem, p. 272.

constituyan como sociedades anónimas, lo que además contribuirá a mejorar la transparencia del sector, cuestión que siempre se les ha criticado.

Si aplicamos a esos US\$ 400.000.000 el impuesto adicional, cuya tasa es 35%, obtenemos como resultado US\$ 140.000.000 que ingresarían a arcas fiscales, más de lo que se espera recaudar con el royalty.

La solución a lo anterior sería dictar una ley modificatoria o interpretativa del artículo 200 del Código de Minería que autoriza constituir sociedades contractuales mineras en el sentido que sólo pueden adoptar tal forma societaria aquellas empresas que tengan una producción anual inferior a determinada cantidad de toneladas de cobre, de suerte que las grandes mineras se constituyan necesariamente como sociedades anónimas. Del mismo modo habría que modificar el artículo 2° inciso 2° de la Ley N° 3.918 sobre sociedades de responsabilidad limitada, que actualmente señala que “estas sociedades no podrán tener por objeto negocios bancarios...”, extendiendo dicha limitación en la forma señalada para las contractuales mineras.

Las ventajas de esta solución propuesta son varias. En primer lugar, al parecer las propias empresas mineras estarían dispuestas a cambiar su actual estructura societaria a una de sociedad anónima, es decir se contaría con el consentimiento de ellas; en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, según ya se ha explicado, comenzarían a tributar ahora; en tercer lugar, no se toca el D.L. 600 o estatuto de la inversión extranjera; cuarto, las modificaciones regirían para el futuro y no en forma retroactiva; quinto, se obtienen mayores ingresos que un royalty, etc.

5. CONSIDERACIONES FINALES

El Chile la evasión tributaria es de alrededor de un 22% contra las cifras de un índice de los países desarrollados. ¿Cómo lo lograron esos países? Fundamentalmente debido a la cultura tributaria de sus empresas y ciudadanos, como también a una fuerte regulación a la cual nos están llevando las empresas mineras merced a su cuestionable comportamiento en lo que a pago de impuestos se refiere.

La actitud de las mineras tiene el agravante de que el pago de impuestos a la renta, derivados de las utilidades que resultaren de la actividad económica que desarrollaran en nuestro país, fue una de las causas que tuvo el Estado de Chile para suscribir el contrato de inversión extranjera, por el cual se le conceden al inversionista extranjero beneficios extraordinarios, que ningún inversionista nacional tiene.

Chile aún es un país con enormes necesidades sociales insatisfechas. Cada peso por impuesto que no se paga significa una menor cantidad de escuelas, hospitales, carreteras, etc., todo lo cual atenta contra la cohesión económica y social que le da estabilidad y reconocimiento a un país en el concierto internacional.

Lo que Chile quiere son empresas serias, transparentes y responsables, que cumplan las leyes y los contratos de buena fe, así como también las normas éticas que las buenas prácticas corporativas exigen.

Con igual firmeza rechazamos el establecimiento de un royalty inspirado en viejos resabios estatistas.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Acuña Frías, M.: *Inversión Extranjera en el Sector Minero Chileno*. Santiago, 2002.
- Cámara de Comercio de Santiago: *Estatuto de la Inversión Extranjera, Tributación y Jurisprudencia*. Santiago, 1996.
- Consejo Minero: *Informe de la Gran Minería Chilena*. Santiago, julio 2003.
- Consejo Minero: *Gran Minería Chilena*. Santiago, 2002.
- Corte Suprema. Sentencia de 22 de abril de 1996. Rol N° 33021.
- Dirección Internacional del Banco Central: *Aspectos Relevantes de la Inversión Extranjera en Chile*. Santiago, 1984.
- Domínguez Águila, Ramón: "Fraus omnia corrumpit. Notas sobre el Fraude en el Derecho Civil". En *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXIX, Santiago, 1992.
- Dodino, G.: *Sociedad Nacional de Minería, Crónica de Tres Siglos*. Santiago, 2001.
- Fuentes Guíñez, R.: *El Fraude a la Ley*. Santiago, 2002.
- Leturia, Francisco Javier y Álvaro Merino: "Tributación y Minería en Chile: Antecedentes para un Debate Informado". En *Estudios Públicos*, 95, 2004.
- Lira Ovalle, S.: *Curso de Derecho de Minería*. Santiago, 1998.
- Mayorga, R. y L. Montt: *Inversión Extranjera en Chile*. Santiago, 1994.
- Ossa Bulnes, Juan Luis: *Derecho de Minería*. Santiago, 1999.
- Piñera Echeñique, José: *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera*. Santiago, 2002.
- Senado de Chile: "Informe de la Comisión Especial Encargada del Estudio de la Tributación de las Empresas Mineras", mayo de 2004.
- Servicio de Impuestos Internos: "Antecedentes de la Tributación Minera en Chile y su Fiscalización". Santiago, octubre 2003.
- Schaerer, O.: *Del Contrato Ley*. Santiago, 1961.
- UNCTAD: *Inversión Extranjera Directa y Desarrollo*. Nueva York: Naciones Unidas, 2001.
- Zabala, R.: *Inversión Extranjera Directa en Chile 1954-1986*. Santiago, 1986. ☐

LAS ESTACIONES DE SERVICIOS EN CHILE: ¿COMPITEN O SE COLUDEN?*

Claudio Sapelli

En este trabajo se discute la competitividad de la industria del petróleo y, en particular, de la gasolina en Chile. Este tema ha sido discutido frecuentemente en Chile y en el mundo y ha motivado un trabajo empírico y teórico importante que se analiza aquí. Dicha literatura se centra en el rol de las franquicias y en el tipo de contratos que hacen óptima la red de distribución, advirtiéndose que muchos de los mecanismos contractuales utilizados son erróneamente confundidos con estrategias anticompetitivas. Este trabajo discute el problema que debe resolver la empresa al diseñar su red de distribución y revela que los cambios ocurridos en los últimos años han modificado las características de los contratos óptimos. En particular, hoy es óptimo un mayor grado de integración vertical que lo que era óptimo hace algunas décadas.

CLAUDIO SAPELLI. Ph. D. en Economía, Universidad de Chicago. Profesor del Instituto de Economía, P. Universidad Católica de Chile.

* Investigación financiada por Copec, que se publica con la autorización de esta empresa.

1. Introducción

Este trabajo analiza temas de competitividad en la industria del petróleo en Chile y otros países, distinguiendo entre aquellos aspectos que son relevantes para los sectores “aguas arriba” (o sea, refinación, almacenamiento y transporte) y aquellos que son relevantes para los sectores “aguas abajo” (o sea, los sectores mayorista y minorista).

2. Los márgenes en Chile y su relación con el mundo

Comenzamos por establecer un hecho fundamental para el análisis de los temas de competitividad en la industria del petróleo en Chile: los márgenes son bajos. La suma de los márgenes mayorista y minorista de la gasolina oscila entre promedios anuales de 28 y 34 pesos por litro¹. Esta suma es similar o *inferior* al puro margen minorista en muchos países². De esto puede concluirse que tanto el margen minorista como el mayorista son bajos y estarían lejos de ser abusivos o excesivos.

El utilizar el margen en pesos genera problemas, ya que el margen en pesos varía con el precio del petróleo. Una medida menos expuesta a los ciclos de precios internacionales es el margen porcentual sobre el precio de venta (con o sin impuestos). En ese caso (ver Cuadro N° 1) los márgenes en Chile permanecen en el rango bajo de los márgenes en el mundo.

Una vez establecido que los márgenes en Chile son bajos, surge la duda de por qué se ha cuestionado la competitividad del sector en una multiplicidad de áreas. El hecho de que los márgenes sean bajos es una demostración de que esas apreciaciones eran equivocadas. El trabajo discute por qué eran equivocadas.

Pero por si no fuera suficiente el hecho de que los márgenes sean bajos, su tendencia reciente también es a la baja (ver Figura N° 1). El margen porcentual sobre el precio sin impuesto es menor en el período 2000-2003 que en el 1998-1999 (aproximadamente un 25% menor, o 6 puntos porcentuales). A su vez, puede observarse que en el período en que la política de precios del sector fue cuestionada, efectivamente existió un aumento temporal de los márgenes (fines de 2001-principios de 2002). En este período los márgenes no alcanzaron los niveles de mediados de 1999,

¹ Basado en datos provistos por COPEC.

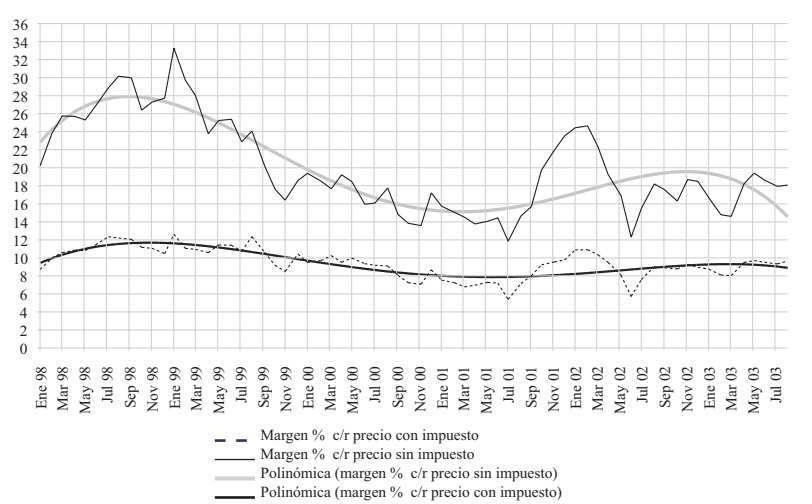
² En Canadá los márgenes *minoristas* eran de 4 a 5 centavos por litro en el año 2000 (19 a 23 pesos por litro). En EE. UU. eran algo superiores, de 28 a 32 pesos por litro. En Italia (ver Colangelo y Martini: “Vertical Relations and Pricing in the Italian Gasoline Retail Market”, 2002) eran de 31 pesos por litro.

a pesar de que entonces no se consideraron altos o monopolícos. Más importante aún: el aumento se revirtió solo y los márgenes se estabilizaron en niveles sustancialmente más bajos que los del período 1998-1999. Esto es evidencia adicional de que la discusión realizada en el 2002 se realizó sobre una apreciación equivocada de la competitividad del sector.

CUADRO N° 1: MARGEN % SIN IMPUESTOS (GROSS MARGIN / PRECIO SIN IMPUESTOS)

País	Año	
	2002	2003
EE.UU.	17,3	15,4
Chile	17,5	17,0
Francia	27,1	24,5
Inglaterra	26,4	25,8
Alemania	28,0	28,1
Unión Europea	30,9	30,6
Bélgica	35,3	33,2
España	35,2	35,1
Dinamarca	39,3	38,8
Italia	41,0	41,0
Holanda	40,8	41,3

FIGURA N° 1: EVOLUCIÓN DE MÁRGENES (%)



3. Competitividad en el sector “aguas arriba”

En esta sección se discuten dos conceptos que se mencionan comúnmente cuando se debate la regulación del sector: la necesidad de la desintegración vertical en el *upstream* (un tema que luego se repite en el *downstream*) y la necesidad de una regulación del sector como *public utility* o como “instalación esencial”³.

Estamos frente a un *public utility* cuando una industria es un monopolio natural, y por lo tanto sólo puede haber una empresa, que es entonces regulada por el Estado. Estamos frente a una instalación esencial cuando un activo que produce insumos necesarios para otras empresas es controlado monopólicamente por una empresa. En el caso de una instalación esencial se propone que la misma debe ser operada con *open access*⁴ y con la obligación de expandirse si no se cubre la demanda.

Una de las razones de por qué en Chile se ha discutido este tema está en el contexto de un cambio regulatorio necesario para sustituir a ENAP “como regulador del mercado” en el caso de que se la privatice. En este trabajo se argumenta que no parece necesario un cambio importante en la regulación en esa eventualidad, y mucho menos un cambio que signifique el tratamiento de instalación esencial de varios activos⁵.

La pregunta más relevante respecto del marco regulatorio chileno es si resulta necesario cambiar la regulación para asegurar que se mantenga el criterio de paridad de importación como criterio fundamental en la fijación de precios. Dado que hay libre importación, hay quienes sostienen que no es necesario, y que en ese sentido ENAP (Empresa Nacional del Petróleo) se comporta como se comportaría una empresa privada. Si esto es así, surge una segunda pregunta: ¿son necesarios la declaración de “instalación esencial” y el establecimiento de las obligaciones de *open access* por el temor de que un propietario privado tuviera incentivos para cerrar el libre acceso a la importación?

Ante estas dudas surgen las interrogantes: ¿qué hacen otros países?, ¿cómo se aplica la teoría económica para evaluar las medidas que corresponde aplicar en el sector, y en Chile en particular? Como veremos, ni la legislación comparada ni la teoría económica en general ni el caso chileno en particular apoyan una regulación del tipo de instalación esencial.

³ Por ejemplo, hay quienes afirman que serían instalaciones esenciales los terminales marítimos, los terminales de abastecimiento y los oleoductos.

⁴ *Open access* significa que todos deben tener acceso a la instalación esencial y no puede rechazarse arbitrariamente una solicitud de acceso.

⁵ Para una opinión similar, ver Paredes, R. y R. Sanhueza: “Competencia en el Mercado de Hidrocarburos en un Contexto de Participación Privada”, 2001.

3.1. La industria del petróleo: ¿*Public utility*?, ¿instalación esencial?

3.1.1. *La del petróleo no es una industria de servicio público*

La industria del petróleo no es considerada un servicio público en ningún lugar del mundo, porque no es un monopolio natural. El hecho de que no lo sea también responde, para algunos, la pregunta de si es necesario utilizar la doctrina de las instalaciones esenciales, ya que se piensa que sólo en el caso de monopolio natural corresponde aplicar dicha doctrina.

¿Por qué entonces plantear un marco regulatorio como si lo fuera? Algunos lo hacen porque lo creen “prudente”, aun cuando no hay justificaciones claras para ello, y otros porque creen que (al menos en este caso) la competencia no funciona.

Empezando por este último punto, hay quienes piensan que la competencia (ya sea de las empresas existentes o de empresas y productos que potencialmente podrían entrar al mercado) en los mercados de refinación, distribución y expendio no funciona. Más aún, creen que la competencia no funciona por razones estructurales, debido a que no sería *workable*⁶, y no por razones de conducta que puedan ser resueltas por la legislación antimonopolio.

Hay consenso en la literatura económica en que, incluso en aquellos mercados en que hay pocas empresas, si se piensa que la competencia puede funcionar, entonces se deja que ésta opere, ya que se considera que la competencia es superior a la regulación tanto en términos de eficiencia económica como de bienestar del consumidor. El hecho fundamental es que la competencia no sólo lleva a alcanzar los objetivos del regulador sino que permite lograr más. La competencia no sólo hace posible prevenir las ganancias monopólicas, obligando a bajar precios, sino que también —a diferencia de la regulación— la competencia provee de fuertes incentivos (las ganancias) para alcanzar el mínimo costo (eficiencia) y para introducir innovaciones. De manera que, en forma general, una vez que se acepta que la competencia puede funcionar, se opta por ella antes que por la regulación.

La razón por la que se piensa que la competencia no funcionaría en el caso específico de la industria chilena del petróleo es que existirían rentas por un período largo, debido a lo reducido del mercado chileno y al alto monto de las inversiones necesarias. Sin embargo, aun cuando esto

⁶ Por *workable competition* (competencia que puede funcionar) se entiende un proceso de competencia que provee alternativas a la oferta de cada competidor y en el que estas ofertas actúan como una fuerza disciplinadora que previene el ejercicio de poder de mercado.

fuese cierto, cualquier regulación que se aplique para disipar las rentas resultará en un mercado con un peor desempeño. El hecho de que existan rentas en la transición no debiera ser indicador de que la competencia no funciona. Las rentas sólo son un problema si hay barreras a la entrada que aseguren que dichas rentas no se disiparán, que no es el caso. De hecho, una regulación que disipa constantemente las rentas sí funciona efectivamente como una barrera a la entrada⁷.

Respecto a que sería “prudente” imponer dicha regulación aun cuando no exista una justificación clara, conviene recalcar que la regulación no es inocua. La regulación del *open access* puede ser muchas veces perjudicial. Sin embargo, muchos reguladores actúan como si imponerla no tuviera costos.

La obligación de proveer que se origina en el concepto de *open access* viene atada con la de expandir capacidad si la misma no es suficiente. En el caso de las instalaciones esenciales, el no proveer porque no se tiene capacidad suficiente no es excusa válida. Algunos piensan que las empresas no querrán ampliar su capacidad para impedir que los competidores entren al mercado. O sea, se teme que la negativa de venta opere como una barrera a la entrada.

Sin embargo, la obligación de expandir capacidad sólo tiene sentido cuando existe un monopolio natural: en este caso, la forma más barata de aumentar la capacidad es que lo haga la empresa monopólica. Pero, como en la industria del petróleo no estamos ante un monopolio natural, esta obligación de expandir la capacidad tiene consecuencias perversas.

Ya se argumentó que una regulación que elimina las rentas funciona efectivamente como una barrera a la entrada. Al operar de esta manera, “cierra” el mercado, les da poder de mercado a las empresas existentes y hace factible que la regulación mejore la operación del mercado. Pero éste es el resultado perverso de una regulación equivocada: una mala regulación hace óptimo regular más.

En casos de diagnóstico erróneo de lo que sucede, la regulación no logra sus objetivos e incluso puede llegar a resultados opuestos a los que pretende. Entre otros, está el efecto “bola de nieve” sobre la necesidad de mayor regulación: la mala regulación llama a más regulación y así sucesivamente.

La necesidad de imponer la obligación de expandir capacidad en los casos en que no hay monopolio natural se genera porque el *open access*, en

⁷ Esto es así porque la regulación misma elimina las rentas, eliminando el incentivo para que un inversor privado entre, por lo cual dicha regulación “congela” el número de empresas y lleva a la necesidad de obligar a las existentes a expandir su capacidad, como se discute más adelante.

tanto expropiación de parte del paquete de derechos que constituyen el derecho de propiedad⁸, es un impuesto grande y nadie construye en forma voluntaria cuando está expuesto a un impuesto de esa magnitud⁹.

La constatación de que en este marco regulatorio una empresa no ampliará voluntariamente su capacidad lleva a regular su ampliación. Sin embargo, aun en el contexto de la regulación de *open access* habría una tasa de retorno a la cual sería atractivo entrar. Pero al obligar a ampliar se eliminan las rentas que incentivan la entrada de nuevas empresas. Este desincentivo funciona como una profecía autocumplida, ya que efectivamente no se observarán alternativas a la ampliación regulada. En esta situación se congela la organización industrial del sector en términos de participación y la regulación funciona efectivamente como una barrera a la entrada.

En resumen, primero se introduce una regulación que desincentiva la inversión en el sector, y luego se impone la obligación de invertir en dichas condiciones desfavorables. Éste, como veremos, es un problema recurrente en la regulación en la industria internacional del petróleo: al basarse en un diagnóstico equivocado, no logra los efectos buscados. Al final, por un error de diagnóstico, la industria se transforma en un conglomerado de empresas semipúblicas en que el regulador controla precios, proyectos de inversión, etc.

De esta manera, la obligación del *open access* más la de expandir capacidad congela la estructura de mercado y evita un aumento en la competencia, con lo cual la regulación parece volverse aún más necesaria, y así se entra sucesivamente en una espiral de regulación y estatización de derechos. Aún peor, al no ser un monopolio natural, la interferencia inicial en el negocio es arbitraria. No puede decirse algo peor de una regulación que pretende aumentar la competitividad de un sector: que su efecto final sea el de operar como una barrera a la entrada.

3.1.2. La privatización de ENAP

Corresponde enfrentar ahora en forma directa la pregunta de qué regulaciones se requerirían si es que se privatizara ENAP. Para esto interesa evaluar si en los hechos ENAP y EMALCO (Empresa Almacenadora de Combustible) han ejercido un rol regulador que debería normarse si fueran

⁸ El que toma los riesgos de construir y de administrar comercialmente una instalación, luego no puede decidir cómo administrarla.

⁹ La regulación impone sobre quienes están en la industria dos impuestos: el primero sobre las inversiones realizadas, al expropiar parte de los derechos de propiedad de éstas, y el segundo impuesto, obligándoles a hacer inversiones que, por culpa de la regulación, no son rentables.

privatizadas. A su vez, podría preocupar que una ENAP privada que concentra un porcentaje muy alto de la oferta pudiera explotar un potencial poder de mercado.

Sin embargo, como veremos, el grado de competencia del mercado en sus distintas etapas no está condicionado a la existencia ni a la actuación de ENAP, sino que a la disciplina impuesta por la posibilidad de que los distribuidores hagan importaciones directas.

El tema de las refinerías

Si ENAP fuera una empresa privada, ¿haría lo mismo que está haciendo ahora? Sí, ya que es la amenaza potencial de importación la que la disciplina. Los incentivos enfrentados por ENAP para cobrar el precio de paridad también son válidos para un operador privado. No es que ENAP cobre esos precios obedeciendo a un objetivo socialmente deseable: éstos son los precios de equilibrio, cualquiera fuera la propiedad de ENAP.

Por lo tanto, si se vendiera ENAP a una empresa que hoy no está en el mercado, a un operador que no esté integrado verticalmente, lo único que cambiaría con relación a la situación de hoy es que el operador pase a ser privado (en lugar de público), y nada debería cambiar en el comportamiento de la empresa.

¿Qué pasaría si el comprador es uno de los actuales actores? ¿Existe la posibilidad de que se restrinja la oferta a las otras empresas mayoristas? La posibilidad de que una ENAP integrada verticalmente hacia la distribución restrinja a sus rivales por medio de dejar de proveerles insumo es muy poco plausible (no le conviene hacerlo)¹⁰. Son muy limitadas las razones que justifican más regulación¹¹.

El tema del almacenamiento

El costo de desarrollar infraestructura de almacenamiento no es alto y por lo tanto tales etapas no pueden considerarse fuentes eventuales de poder monopólico. Como lo demuestran las inversiones realizadas en los

¹⁰ La privatización de ENAP por una empresa mayorista existente, en un contexto de integración vertical, significa riesgos, ya que la posibilidad que tienen los distribuidores de importar productos hace poco plausible que el controlador integrado de ENAP restrinja las ventas a los distribuidores no integrados verticalmente. A su vez, puesto que quien compre ENAP deberá pagar por la misma el valor presente de la renta asociada a las ventajas arancelarias y geográficas, no tendrá una ventaja de costo sobre sus rivales.

¹¹ Paredes y Sanhueza ("Competencia en el Mercado de Hidrocarburos en un Contexto de Participación Privada", 2001) concluyen que el único caso en que hay que tener cautela es si el comprador fuese Repsol-YPF, porque la Refinería de Luján de Cuyo es la única competencia potencial de ENAP, si se construyese un oleoducto.

últimos años¹², no existen importantes barreras a la entrada en este sector, lo que refuerza la idea de que ENAP no pueda mantener una política diferente de la de paridad de importación, ya que efectivamente es una alternativa importar y almacenar.

Según algunos, el rol de EMALCO es permitir que quienes deseen entrar al mercado no tengan necesariamente que incurrir en los costos de inversión asociados al almacenamiento. Si bien el monto de la inversión inicial no es una barrera a la entrada¹³, y por lo tanto la justificación de EMALCO como empresa estatal es pobre, para ser prácticos puede ser más importante la pregunta: ¿Haría EMALCO algo muy diferente si fuera una empresa privada funcionando con el marco regulatorio existente?

La respuesta es que EMALCO parece fijar sus precios por razones comerciales, justificadamente cobrando menos a quienes manejan más volumen o contratan por mayor plazo. Precisamente por eso es que una empresa comercial cumpliría el rol de manera similar, y no hay un rol regulador implícito que traspasar al marco normativo. Por otra parte, dicho rol regulador sería innecesario dada la falta de barreras a la entrada en el sector.

3.2. La (des)integración vertical

El otro gran tema del *upstream* es el problema de la integración vertical, o más bien de la necesidad de desintegración vertical. Los críticos de la organización industrial de la industria petrolera frecuentemente la atacan por el alto grado de integración vertical de las grandes empresas petroleras, y lo mencionan como evidencia de un grado intolerable de concentración y de poder de mercado (o monopolío). Sin embargo, hay poderosas razones de eficiencia para la integración vertical: ahorro de costos de producción, ahorro de costos de transacción, y conseguir una distribución óptima del producto. Una actitud prejuiciosa en contra de la integración vertical no tiene sustento ni teórico ni empírico.

Por otra parte, la preocupación por la integración vertical está totalmente sobredimensionada en el caso del petróleo. Este mercado, en el que hay una función de producción de coeficientes fijos (o sea, para vender un litro de gasolina en el mercado minorista se necesita comprar siempre un litro de gasolina en el mayorista), es de “libro de texto”. Éste es el caso

¹² El 30% de la capacidad instalada actual fue construido en los últimos 10 años.

¹³ No lo es para ninguna de las definiciones de barreras a la entrada posteriores a la de Stigler (*The Organization of Industry*, 1968). Sí lo es para la lista descartada de Bain (que se basa en una definición tautológica de barreras a la entrada).

paradigmático en que lo óptimo para el monopolista es fijar el precio monopólico y en que nada gana intentando proyectar su poder de mercado aguas abajo, porque obtiene el máximo de rentas posibles en el mercado mayorista¹⁴.

3.3. Política pública para el sector “aguas arriba”

En resumen, dado que en la industria del petróleo no hay monopolio natural y existe la posibilidad de la competencia, no parece justificable considerarla como una industria productora de un servicio de utilidad pública (*public utility*). Uno podría pensar que de todas maneras ésta es la posición prudente, pero es todo lo contrario. Al menos en este caso, parece mejor equivocarse por el lado de regular menos que equivocarse por el lado de regular más de lo debido; justamente en esto se basa la idea neozelandesa del *light handed regulation*. El *light handed regulation* significa una regla de intervención por la cual, si no hay monopolio natural y la competencia funciona, se regula la conducta y no la estructura. Estas regulaciones de conducta pueden modificarse con mayor facilidad si es necesario (si hay una innovación tecnológica o si se cometió un error).

En la industria del petróleo no hay monopolio natural a nivel de refinerías, sólo altas economías de escala. En el resto de las etapas ni siquiera es cierto que haya importantes economías de escala. Esto es cierto tanto en el caso de los terminales de abastecimiento, en que hay un tamaño mínimo pequeño en relación con el mercado¹⁵, como en el caso de los ductos en que el transporte terrestre opera como competencia efectiva¹⁶.

En resumen, la creencia de que ENAP estaría cumpliendo un rol regulador vía su control de refinerías, terminales marítimos, tanques de almacenamiento y oleoductos, que supuestamente impide que el potencial para ejercer poder de mercado se haga efectivo, es equivocada. En realidad, este mercado ya está operando como si estas empresas fueran privadas, por lo que su privatización no requeriría de más regulación.

¹⁴ Ver, por ejemplo, Carlton y Perloff: *Modern Industrial Organization*. En la segunda edición de 1994, en las páginas 511 a 515 está explicado en detalle este caso. Véase también su discusión en Fuentes, Paredes y Vatter: “Desregulación y Competencia en el Mercado de la Gasolina”, 1994.

¹⁵ Por otro lado, el simple número de terminales tanto marítimos como de abastecimiento, más de treinta, muestra que se está lejos de una situación de monopolio natural.

¹⁶ Si bien el costo de transporte es más barato por oleoducto, el camión cuesta una cifra similar, a diferencia del gas, en que los costos de ambos son de magnitudes significativamente diferentes. Esto tiene que ver con el diferente contenido energético por unidad de volumen de la gasolina y del gas.

4. Competitividad en el sector “aguas abajo”¹⁷

4.1. Introducción

Hay en el mundo una reiterada preocupación respecto a la competitividad del sector minorista de venta de gasolina. El argumento central en el cual se basa dicha preocupación parte afirmando que hay poder de mercado a nivel mayorista y, luego de una cadena de razonamientos (que varían según el caso), termina afirmando que hay precios abusivos a nivel del consumidor.

Por ejemplo, se parte de la afirmación de que hay poder de mercado en el mercado mayorista y que ello se debería a la alta concentración (aunque concentración y poder de mercado no son lo mismo) y a la existencia de barreras a la entrada que preservan ese poder de mercado. Luego se afirma que es posible y conveniente la transmisión de dicho poder de mercado al mercado minorista vía la integración vertical. Finalmente, el poder de mercado a nivel minorista se utiliza para aumentar los precios al consumidor a niveles abusivos y obtener márgenes altos.

En el caso chileno, uno podría partir por el primer eslabón y mencionar que no existen tales barreras a la entrada y que el *upstream* es competitivo. O podría partir por el último eslabón, ya que no hay márgenes altos, por lo que no puede haber precios abusivos.

Cualquier eslabón de la cadena que sea débil puede afectar al argumento que habla de la necesidad de acción por parte de la autoridad anti-monopolio en el mercado de la gasolina. En este trabajo se argumenta que ninguno de los eslabones es fuerte, y que la mayoría son erróneos, ya sea por contradecir la teoría o la evidencia empírica, o a ambos. Para ello se discute la asociación entre concentración y poder de mercado, el tema de la integración vertical y en particular el tema de las franquicias. Este último es un tema muchas veces malinterpretado y por lo tanto conviene aclarar los conceptos que se utilizan y aplicarlos a la venta de gasolina. También se discutirá en detalle el argumento de los precios predatorios y el de la asimetría de la reacción de los precios de la gasolina a aumentos y bajas del precio del petróleo (el hecho de que los precios de la gasolina suban como los cohetes y bajen como plumas).

¹⁷ Para un mayor desarrollo de estos temas, ver Sapelli, Claudio: “Las Organizaciones Híbridas. Naturaleza, Objetivos y Regulación: Una Aplicación al Mercado Minorista de la Gasolina”, 2003. El trabajo sobre el cual se basó dicho documento docente contó con el financiamiento de COPEC.

Con relación al primer eslabón, se plantean dos temas. El primero se refiere a la asociación entre concentración y poder de mercado. Muchas veces se suele asociar uno y otro; y a efectos de tener poder de mercado parece que bastara la alta concentración. Sin embargo, en la teoría económica es muy claro que concentración y poder de mercado no están necesariamente asociados. Asociarlos era común antes de la aplicación de la teoría microeconómica al área de la organización industrial y continúa siendo un error tradicional en el análisis del funcionamiento de los mercados.

Otro error de importancia es confundir barreras a la entrada con dificultades a la entrada. En el caso del petróleo suele confundirse el hecho de que hay economías de escala con barreras a la entrada. Más aún, la forma de funcionar de EMALCO y SONACOL reduce enormemente dichas dificultades (ver más abajo)¹⁸.

También se comete el error de pensar que la integración vertical es una forma idónea de trasladar de un nivel a otro el poder de mercado (PM) en esta industria. La teoría económica dice que, sin ambigüedades, *en este caso* no se logra nada intentando trasladarlo. No hay forma de que *en este sector*, dadas sus características, el mayorista aumente su poder de mercado por medio de la integración vertical. O sea, la discusión respecto a si la integración vertical aumenta la eficiencia o aumenta el PM no tiene sentido en este sector, porque *no* puede aumentar el PM. Si esto es así, tampoco es necesario discutir si la integración vertical genera o no las condiciones para la colusión, porque no puede hacerlo.

Sin embargo, no es necesario confiar sólo en la teoría. Éste es un tema empírico: ¿hay una razón de eficiencia para la integración vertical? Según la teoría, debiera haberla. ¿La integración vertical sube los márgenes a niveles abusivos? Según la teoría, no debiera ser así. Éstos son justamente los eslabones subsiguientes a analizar. Hay mucha evidencia de que la integración vertical en el mercado de la gasolina es una tendencia mundial y que se produce por razones de eficiencia, como respuesta a cambios estructurales del sector minorista de la gasolina.

¿Le conviene al mayorista generar poder de mercado a nivel minorista? Se presume que siempre es así, pero esto no es cierto. La idea central es que al mayorista le conviene el sistema de distribución más competitivo

¹⁸ Como se dijo anteriormente, no se necesita una empresa pública como EMALCO en el mercado de los terminales de abastecimiento. Pero si ella existe, debiera al menos considerarse que los temores que llevaron a su establecimiento quedan resueltos por su existencia. Una dificultad a la entrada relevante en el área de los oleoductos, en este caso legal, es la discriminación que existe a favor de ENAP para el establecimiento de derechos de paso.

posible. En función de su poder de mercado en el mercado mayorista, pone un precio óptimo; una vez que lo hace, le conviene vender la mayor cantidad posible. Esto es particularmente cierto en este mercado, en el que hay proporciones fijas: el minorista no puede reaccionar ante un mayor precio a nivel mayorista reemplazando gasolina por otro insumo. Por cada unidad de gasolina vendida se necesita comprar una unidad. Esto significa que el mayorista nada gana al integrarse verticalmente en términos de mayor margen, ya que el minorista no tiene margen de acción debido a la tecnología del sector. Entonces, para maximizar la ganancia del mayorista, la red tiene que ser la de mínimo costo. En este contexto debiera presumirse que toda acción del mayorista en el mercado minorista es para disminuir costos.

El análisis empírico ha demostrado que prácticamente todas las regulaciones del mercado para impedir supuestos intentos de aumento del poder de mercado han logrado exactamente lo opuesto a lo que pretendían. En lugar de prevenir el aumento del PM y bajar los precios han impedido aumentos de eficiencia, han aumentado los costos y por consiguiente los precios. Todo esto porque el diagnóstico en el cual se basaban era equivocado.

Si los incentivos de la tecnología están orientados a minimizar los costos de distribución, es lógico que cualquier intervención legislativa o regulatoria en la forma de funcionar del mercado tendrá como efecto disminuir la eficiencia operativa de dicho mercado, y como consecuencia aumentar los precios (en lugar de bajarlos). Así se explica el hecho de que, en los países en que se han hecho estas intervenciones, efectivamente los precios han subido en lugar de bajar¹⁹. Esta constatación empírica muestra que la estrategia originalmente cuestionada (la integración vertical) era en realidad una estrategia eficiente. Como era eficiente, al prohibirla aumentan entonces los precios. Si la estrategia cuestionada hubiese tenido los efectos que se temía, entonces al prohibírsela los precios deberían haber bajado.

La argumentación anterior provee evidencia de que no existe un problema grave en el caso del mercado de la gasolina que justifique medidas como la restricción de la participación de mayoristas o la necesidad de promover de alguna manera la participación de estaciones de servicio independientes.

Este mercado se caracteriza por la baja elasticidad de la demanda agregada por gasolina, debido a la falta de sustitutos, juntamente con la alta

¹⁹ Los estudios empíricos más completos han sido hechos para EE.UU.; algunos de ellos están mencionados en la nota 28.

elasticidad cruzada de la demanda de las diferentes marcas, debido a su alta sustituibilidad. Por lo tanto, aun con pocos actores puede haber mucha competencia. La alta concentración a nivel mayorista lleva a mirar con sospecha, sin embargo, la apreciable caída en el número de estaciones de servicios (hay países en que éstas cayeron a menos de la mitad entre 1976 y 1998) y en lugar de verla como resultado de la alta competitividad del mercado se ve como consecuencia del poder de mercado en el nivel mayorista cuyos efectos llegan hasta el nivel minorista.

4.2. ¿Hay competencia en el sector mayorista?

A pesar de la presencia de importantes economías de escala, en el mundo en general el sector mayorista se regula como un sector competitivo. Entre otras cosas, es relevante el hecho de que en la literatura económica no se acepta que las economías de escala son una barrera a la entrada y por lo tanto la recomendación de política es que los sectores en los que hay economías de escala no requieren una regulación especial.

4.2.1. Las barreras a la entrada (BE)

Revisando la literatura se observa que el tema más conflictivo en la industria del petróleo se refiere a si hay o no BE (barreras a la entrada) para acceder al almacenamiento o a los oleoductos²⁰. En el caso del almacenamiento, la discusión en Chile debe tomar en cuenta la existencia de una empresa estatal en la etapa de almacenamiento: EMALCO²¹.

Más allá de las críticas a su forma de operar, lo cierto es que en muchos países el crear una empresa independiente que tenga tanques de almacenamiento se discute como una política para reducir el poder de mercado de los mayoristas y potenciar la entrada de nuevas empresas en ese nivel y en el nivel minorista. O sea, se discute la creación de una EMALCO como una medida que disminuiría las barreras a la entrada. Independientemente de lo bueno que sea crear una EMALCO, lo cierto es que Chile la tiene.

²⁰ Una discusión pertinente para Chile sobre el tema de las barreras a la entrada puede encontrarse en el trabajo "Regulating Hawaii's Petroleum Industry", realizado por Mark J. Rosen para el Legislative Reference Bureau, organismo asesor de la Legislatura Estatal del estado de Hawaii (Report N° 5, 1995).

²¹ EMALCO no discrimina en su política de precios (les cobra a empresas en situaciones similares, precios similares). Por lo tanto, cualquier entrante podría acceder al abastecimiento vía EMALCO. Sin embargo las entradas más recientes se efectuaron construyendo su propia capacidad instalada.

Respecto del transporte, para la gasolina existen alternativas, ya que el que se hace por camiones es una opción razonable. Por otra parte, no hay instancias en que SONACOL haya denegado el servicio, y esta empresa ha administrado los oleoductos con el criterio de *open access*.

De manera que ninguno de estos dos problemas detectados en otros países parece relevante en el caso chileno, por lo cual difícilmente puede argumentarse que en Chile hay un problema de BE en el sector.

4.3. La integración vertical

La estructura de la industria petrolera, que es similar en todo el mundo, con frecuencia es considerada una fuente de preocupación. A su vez, la política antimonopolio ha sido tradicionalmente hostil a la integración vertical, en particular cuando uno de los mercados en cuestión es un monopolio o está muy concentrado (por razones no siempre válidas).

Sin embargo, hay poderosas razones de eficiencia para la integración vertical que llevan a pensar que en un mercado competitivo, con libre entrada, el grado de integración vertical es irrelevante. De hecho la tendencia a la mayor integración vertical se ha observado en todo el mundo y las instituciones antimonopolio o gubernamentales han encontrado que en general no es perjudicial para los consumidores²².

El argumento es que el mercado minorista puede ser analizado como uno en que, debido a la necesidad de preservar el valor de la marca, hay un principal (el mayorista, que quiere vender gasolina sin que se desvalore su marca) y un agente (el minorista, que tiene como obligación hacer lo que dice el principal, pero tiene incentivos para flojear o para desvalorizar la marca, como veremos). Esta relación y el contrato que se requiere para que se cumpla el objetivo de la misma pueden ser más o menos complejos según la tarea de que se trate. Para resolver situaciones diferentes hay diferentes contratos, diferentes relaciones verticales entre

²² Así ha sucedido, por ejemplo, en Australia, Canadá, EE.UU. y Nueva Zelanda. Los fallos y explicaciones alternativas para la situación por la que pasa la industria pueden leerse, entre otros, en los siguientes trabajos. Para Australia, ver, por ejemplo, "Downstream Petroleum Industry", 2002, informe del Ministerio de Industria, Turismo y Recursos. Para Canadá, ver Calvani (1999) o "The Final Fifteen Feet of Hose: The Canadian Gasoline Industry In The Year 2000", estudio preparado por The Conference Board of Canada, o "Report on the Saskatchewan Gasoline Industry", 1999, informe del Competition Bureau del gobierno de Canadá. Para EE.UU., ver "Restructuring: The Changing Face of Motor Gasoline Marketing", 2000, del Department of Energy. Para Nueva Zelanda, ver "The Decline of Independent Petrol Retailing: Rationalization or Predation?", 2002, estudio hecho por el New Zealand Institute of Research para el Ministerio de Desarrollo Económico.

mayoristas y minoristas, que van desde la integración vertical, en que el minorista es un empleado del mayorista, pasando por la consignación, hasta llegar a la concesión, que es la relación más común en el caso de la gasolina.

Cuando está involucrada la preservación del valor de una marca, y cuando las acciones del minorista pueden deteriorar dicho valor, es común encontrar relaciones verticales en que hay algún tipo de contrato de por medio (no hay relaciones *at arms length*). Y si cambian las circunstancias de esas relaciones verticales, entonces cambiarán los contratos que son óptimos. Esto es lo que ha estado ocurriendo en el sector minorista, en que los contratos óptimos han cambiado cuando ha habido un mayor grado de integración vertical. Para entenderlo es necesario conocer la teoría de la integración vertical en general y del *franchising* en particular.

Comenzaremos por discutir qué es el *franchising*. Muchas veces no se entiende el rol de estas relaciones contractuales, que están en una posición intermedia entre la integración vertical (la relación empleado-empaleador) y las relaciones más tradicionales en los mercados, en que, una vez hecha la venta, casi no hay relación entre comprador y vendedor (a lo más hay un contrato de adhesión, como en el caso del transporte público). Esto es un grave problema porque relaciones del tipo de las franquicias se han vuelto mucho más comunes, y no sólo en el caso de la gasolina.

4.3.1. Las franquicias como contrato de distribución

La confusión que se observa cuando se analizan los efectos sobre la competencia de los contratos entre mayoristas y minoristas, y de las cláusulas allí incluidas, surge de no entender el rol de este tipo de organización. La existencia de organizaciones híbridas, de relaciones verticales que no implican completa integración vertical, se piensa que son intentos de lograr una ventaja monopólica. Esto es un grave error.

¿Qué son las organizaciones híbridas? ¿Por qué existen? ¿Cuáles son las características de las transacciones administradas por estas organizaciones?

Entre las transacciones más tradicionales, o sea, las transacciones hechas internamente en las empresas, sin precios, y aquellas que se realizan en mercados clásicos con precios que adaptan la oferta y la demanda hasta lograr el equilibrio, las organizaciones híbridas se ubican en el medio: hay ciertos rasgos jerárquicos, propios de la integración vertical, y otros rasgos de mercado.

*Las franquicias como organización híbrida*²³

La organización híbrida que ha sido sujeto de estudio más detallado es la franquicia, luego de su rápido desarrollo en los sesenta y setenta. Cuando una relación incluye el derecho a usar una marca, genera la necesidad de una serie de garantías y mecanismos contractuales para asegurar la preservación del valor de dicha marca. Por ejemplo, el derecho a usar una marca tiene que incluir garantías de calidad, de servicio, incluyendo la capacidad de monitorear a los minoristas (los usuarios de la marca). Esto es necesario porque los minoristas tienen fuertes incentivos para aprovecharse de la marca, vendiendo una calidad menor que la acordada, lo que produciría una fuerte externalidad negativa sobre la marca y el resto de los minoristas de la cadena.

El resguardar la marca no sólo preserva la reputación, que es la esencia de la misma, sino que resguarda el esfuerzo de los otros usuarios de la marca (los otros minoristas). Está en el interés de todos ellos que se preserve el valor de la marca del producto que venden. De manera que quienes firman un contrato de franquicia *quieren* que la empresa franquiciadora efectivamente monitoree a todos los usuarios y se asegure que todos cumplen con preservar la marca.

En la preservación del valor de la marca todos de alguna manera son socios, y es en este sentido que hay integración vertical. Pero como no son empleados del mayorista y tienen libertad de acción, entonces se necesita monitorearlos. La razón de por qué se incurre en el costo del monitoreo y se corre el riesgo de que se aprovechen de la marca es que este formato, mezcla de socios y empleados, resulta el más eficiente: lo más costo-efectivo es producir bajo una franquicia. Volveremos más adelante sobre cuáles son las condiciones que determinan que así lo sea.

No hay que simplificar en demasía estas relaciones. No sólo hay problemas de incentivos, de si el minorista hará lo que tiene que hacer o no. También hay problemas de toma de decisiones frente a incertidumbre y de administración ante eventos inesperados.

En el fondo la franquicia quiere hacer algo bien complejo: quiere estandarizar y a la vez dar libertad. La franquicia requiere estandarizar ciertos procedimientos, ciertos insumos, ciertos productos, para darle contenido concreto a la marca (una vez que se responde la pregunta de qué

²³ Para una defensa de la organización híbrida como objeto de estudio, ver Ménard, Claude: "Of Clusters, Hybrids and Other Strange Forms: The Case of the French Poultry Industry", 1996, pp. 152, 154-183; y Ménard, Claude: "The Economics of Hybrid Organizations", 2002.

quiere el mayorista que asocie un cliente con la marca, es necesario que todos los minoristas provean justamente eso). También puede incluir la centralización de una serie de funciones (contabilidad, entrenamiento, sistemas de información) y el apoyo en su desarrollo. Pero a su vez la franquicia pretende que estas empresas utilicen el conocimiento de su clientela para adaptar el producto a la misma; y pretende que a través de la participación en las ganancias el franquiciado tenga los incentivos correctos para no flojear en su esfuerzo de venta, pero espera que en su intento de maximizar sus ganancias no caiga en la tentación de deteriorar el producto y/o la marca.

La complejidad de esta tarea es lo que lleva a una de las situaciones más desconcertantes de esta estructura organizativa: cuando hay franquicias, también se puede observar que el mayorista distribuye no sólo a través de empresas híbridas, sino también a través de sucursales.

Esto es desconcertante porque uno esperaría que, una vez que se determina que es más eficiente canalizar una transacción a través de una determinada forma de organización, ésta desplace a las otras. Es en parte por esta razón que hay confusión en el análisis de sectores como el de la gasolina, en que conviven formas híbridas con estructuras integradas verticalmente. Pero hay formas de entender por qué esto es así, y por qué resulta eficiente que sea así. Esta estructura mixta es una característica de varios sectores, entre ellos el de la gasolina.

El mix de tipos de organización en el sistema de distribución

Quisiera discutir la coexistencia a nivel minorista de sucursales y franquicias. La franquicia resuelve problemas de monitoreo y control. La franquicia genera los incentivos para realizar la tarea en circunstancias que una supervisión directa puede ser imposible, muy costosa, o poco efectiva. La existencia de un *mix* organizacional o de sistemas de distribución duales resuelve un problema de información. Para saber si las ventas caen porque una franquicia ha bajado su nivel de calidad, o porque el mercado como un todo tuvo una inesperada caída, el franquiciador necesita tener un actor al que pueda monitorear directamente y que no tenga los incentivos para engañarlo o la capacidad de comportarse de manera oportunista.

Dado que los contratos de franquicia pueden terminarse cuando cualquiera de las dos partes quiera (sin embargo, la duración del contrato de franquicia es algo que se ha regulado en varios países), entonces es lógico observar que las franquicias le alquilan sus propiedades al franqui-

ciado. Dada la mutua dependencia en la relación de franquicia, es necesario que ambos tomen lo que en la literatura se llama “rehenes”, que hagan poco atractivo para la otra parte tener un comportamiento oportunista. En este caso los extraños arreglos institucionales que implican que el propietario del terreno le alquile la propiedad al mayorista que hace la inversión en la misma y luego le alquile de vuelta la ES (estación de servicios) para que el propietario del terreno la administre, adquieren sentido. Esta interrelación de propiedad del terreno y de los activos de la ES generan justamente esta situación en que cada uno tiene un rehén que puede utilizar si la situación lo requiere. Esto también significa que no sólo las franquicias aparecen cuando se necesitan inversiones compartidas para operar, sino que dichas inversiones compartidas son esenciales para mantener los incentivos para cumplir con el contrato. Eso hace que en el contexto de una franquicia existan activos específicos en una magnitud que uno no ve en una operación independiente.

El tamaño óptimo de una empresa

En las ES los mayoristas han encontrado que sólo en algunas circunstancias específicas es bueno que las transacciones se realicen dentro de la empresa, y que lo eficiente en los casos restantes es que, a través de un contrato de concesión (franquicia) o de consignación, se deleguen varias de estas responsabilidades.

Aquellos que piensan que todo aumento en la integración vertical es un intento de aumentar el poder de mercado debieran preguntarse por qué estos mercados no se estructuran siempre a través de sucursales, que serían más fáciles de controlar. Si el poder de mercado es el objetivo, es difícil explicar por qué en la distribución se observa recurrentemente una estructura de mercado ciento por ciento diferente de las sucursales.

Slade (1996)²⁴ testea estas propuestas. El tema que la ocupa es el hecho de que los vendedores (agentes) tienen que vender y proveer servicios (tienen dos tareas). Y los administradores (principales) tienen un instrumento para incentivar cada tarea: comisiones para incentivar las ventas, y propiedad (por ejemplo, propiedad de la lista de clientes) para incentivar el servicio. Las comisiones son una forma de remuneración propia de un empleado, pero la propiedad es una forma de compensación propia de un socio.

²⁴ Slade, Margaret E.: “Multitask Agency and Contract Choice: An Empirical Exploration”, 1996, pp. 465-486.

Contratos en el caso de agentes multitareas

Para resumir el argumento en esta área, lo fundamental en el diseño del contrato es si estas dos tareas son complementos o no²⁵. Si son complementos, entonces es probable que no se requiera de dos instrumentos para que se cumplan ambas tareas; bastará con uno. Si no están correlacionadas, entonces se necesitarán dos instrumentos. En el mercado minorista históricamente se ha dado un cambio de ES que realizaban dos tareas sin correlación (reparación y gasolina) a ES que realizan dos tareas que son complementos (gasolina y minimarket). Por lo tanto, el paso de actividades no relacionadas a actividades que son complementos hizo innecesaria la propiedad para generar los incentivos correctos y ahora lo óptimo es una mayor integración vertical.

De manera que si ambas tareas son complementos en la función de oferta de esfuerzo, entonces una mayor precisión para medir el esfuerzo de ventas puede llevar a considerar óptimo que el vendedor sea propietario de menos activos, ya que no se necesitarían dos instrumentos. Si puedo pedirle al vendedor que haga determinado esfuerzo de venta, y eso lo puedo verificar, y si ventas y servicios son complementos, entonces al fijar el nivel de esfuerzo de ventas ya se está fijando en parte el nivel de servicios, y no se requiere de la propiedad para proveer incentivos para dar servicios.

Este punto es muy importante. Como es necesario preservar el valor de la marca, la red de ES es siempre la red de distribución de los mayoristas, no importa el grado de integración vertical que ésta tenga. El grado de integración vertical está determinado por los costos y se diseñará la estructura de red para minimizarlos. De manera que las ES son siempre los agentes vendedores, pero a veces quienes las operan son propietarios de activos, y a veces no, dependiendo de si dicha estructura de propiedad lleva al menor costo posible de distribución, cosa que obviamente le conviene al consumidor.

El punto es que si el esfuerzo de ventas deja de ser importante, o se vuelve más fácil de monitorear, deja de ser beneficioso que el agente tenga propiedades, con lo cual aumenta el grado óptimo de integración vertical.

El proceso observado en el mundo en los ochenta es que las ES con servicios de reparación se convirtieron en ES con venta de minimarket, y esto, como se ha dicho, cambió los incentivos óptimos. Disminuyó la necesidad de que sobre la venta de gasolina el agente tenga incentivos de alto

²⁵ La importancia de estos factores (si las tareas son complementos o sustitutos) se explica, por ejemplo, en Lafontaine, Francine y Emmanuel Raynaud: "Residual Claims and Self-Enforcement as Incentive Mechanisms in Franchise Contracts: Substitutes or Complements?".

poder, por lo cual se ha vuelto óptimo, desde el punto de vista del mayorista y del agente, aumentar el grado de integración vertical en la venta de gasolina. Si bien en el caso chileno no hay reparación en las ES desde hace diez años, esto es relevante porque muestra cómo este proceso de larga data de aumento en la integración vertical se debe a cambios estructurales en el sector.

4.3.2. *Efectos de la integración vertical sobre los precios*

Parte importante de la discusión sobre el mercado de la gasolina se refiere a los efectos de la integración vertical, y en particular a las restricciones verticales que imponen los contratos de franquicia a la operación de las ES, sobre los precios de ellas.

Varios estudios comprueban que el motor principal de los cambios en los precios de la gasolina es la variación del precio del crudo y no la estructura de la industria, su grado de integración vertical o la forma de relacionarse entre mayoristas y minoristas²⁶. Otros estudios encuentran, empíricamente, que las restricciones verticales no son necesariamente perjudiciales para los consumidores²⁷.

Es muy curioso lo que sucede con el análisis del mercado de la gasolina. Como es un mercado que a nivel mayorista está muy concentrado y tiene mucha integración vertical entre el nivel mayorista y minorista en todo el mundo, se presume que tiene que ser un mercado con amplio margen para ejercer poder monopólico. Ésta es una presunción que se basa en una apreciación equivocada de los efectos de la estructura de mercado y de las intenciones de las restricciones verticales, presunción propia de la organización industrial pre-1970. En base a esta presunción equivocada,

²⁶ Ver los siguientes trabajos: Bettendorf, Van der Geest y Varkevisser: "Price Asymmetry in the Dutch Retail Gasoline Market", 2003; Levy, Daniel; Shanantu Dutta y Mark Bergen: "Heterogeneity in Price Rigidity: Evidence from a Case Study Using Micro Level Data", 2000; Bhaskar, V.: "Asymmetric Price Adjustment: Micro Foundations and Macroeconomic Implications", 2002; Bachmeier, Lance y James Griffin: "New Evidence on Asymmetric Gasoline Price Responses", 2002; Peltzman, Sam: "Prices Rise Faster than they Fall", 2000; Brown y Yucel: "Gasoline and Crude Oil Prices: Why the Asymmetry?", 2000; Galeotti, Lanza y Manera: "Rockets and Feathers Revisited: An International Comparison on European Gasoline Markets", 2002; Sen, Anindya: "Higher Prices at Canadian Gas Pumps: International Crude Oil Prices or Local Market Concentration? An Empirical Investigation"; Davis, Michael C. y James D. Hamilton: "Why Are Prices Sticky? The Dynamics of Wholesale Gasoline Prices", 2003; Barron, Taylor y Umbeck, "Another Look at Asymmetries in Gasoline Price Adjustment: A Contractual Approach", 1998.

²⁷ Allvine, Fred y James Patterson: *The Marketing of Gasoline*, 1972, es la cita tradicional de un trabajo que encuentra que la concentración y la integración vertical de este mercado resultan en poder monopólico.

todo lo que sucede en la industria se evalúa como signo de comportamiento anticompetitivo: si los precios bajan, es que hay precios predatorios; si los precios suben, es que hay colusión. Nada puede suceder en la industria que no pueda interpretarse como una demostración de que efectivamente hay poder de mercado.

Los organismos antimonopolio cometen el error de pensar que, dada la estructura de la industria, necesariamente debe existir abuso. Si este abuso no se puede observar, es porque se debe estar haciéndolo en forma muy sofisticada. En otras palabras, no hay observación que invalide esa visión, constituyendo ella una creencia prejuiciosa respecto a la necesaria asociación de concentración de mercado y poder monopolístico.

Lo curioso es que en realidad los mayoristas son aliados de las comisiones antimonopolio en términos del grado de competitividad del mercado minorista. Está en el interés del mayorista impedir que se cobre un precio monopolístico y así maximizar la oferta a nivel minorista. También está en su interés impedir que una ES en particular cobre caro, ya que cobrar caro puede llevar a que la marca del combustible sea asociada con “ser caro” por los consumidores, lo que constituye un daño al resto de la red de ES de la misma marca (o sea, es un rol del mayorista impedir esta externalidad horizontal a nivel de franquicias).

Una franquicia que cobra más no toma en cuenta el efecto que puede tener dicha alza en la (caída de la) demanda en otras estaciones de servicio de la misma marca. Esta externalidad (negativa) es internalizada sólo por la compañía y no por la estación de servicio (la franquicia). Esta es una razón de por qué el control de precios por parte de los mayoristas resulta en un menor precio.

En EE.UU. una visión equivocada del rol de la integración vertical llevó a la llamada “legislación de divorcio”, que obligó a las ES sucursales de un mayorista a transformarse en franquicias (disminuyendo así el grado de integración vertical en forma forzosa). Varios trabajos que estudian los efectos de esta medida concluyen que son negativos²⁸. La base de datos de Barron y Umbeck está constituida por las 99 ES que fueron transformadas en franquicias como resultado de la legislación de divorcio en Maryland, el

²⁸ El estado que primero instituyó estas leyes, el de Maryland, ha aceptado que les impone costos a los consumidores, y que no ha alcanzado sus objetivos originales. Ver Maryland Department of Fiscal Services: “Gasoline Station Divorcement”, 1988.

Los trabajos académicos más destacados al respecto son: Barron, J. M. y J. R. Umbeck: “The Effects of Different Contractual Arrangements: The Case of Retail Gasoline Markets”, 1984, pp. 313-328; Blass, Asher y Dennis Carlton: “The Choice of Organizational Form in Gasoline Retailing and the Costs of Laws Limiting That Choice”, 1999; y Vita, M.: “Regulatory Restrictions on Vertical Integration and Controls: The Competitive Impact of Gasoline Divorcement Policies”, 1999.

primer estado en imponerla, y las ES que compiten con ellas. Al analizar los datos se encuentra que el precio de la estación convertida en franquicia aumenta, los precios de las estaciones competidoras también aumentan y las horas de operación disminuyen. Cuando se cambia una estructura eficiente por una menos eficiente, pensando que dicha estructura será más competitiva, se obtiene el efecto contrario al buscado: los precios suben en lugar de bajar.

También se ha regulado el tema de los independientes, planteándose que es importante protegerlos, ya que se piensa que su desaparición disminuirá el grado de competencia. Por ello, se piensa que sus competidores quieren eliminarlos utilizando precios predatorios. Sin embargo, una hipótesis alternativa es que ellos cierran porque tienen tamaños muy chicos para ser rentables en las nuevas condiciones de mercado. Si esta segunda hipótesis es la correcta, la regulación estaría defendiendo a los competidores y no al proceso de competencia.

El tema principal que enmarca los cambios recientes en el mercado minorista en varios países del mundo es el de los bajos márgenes con que opera el sector. La reducción que ha habido de dichos márgenes, en particular después de la desregulación en varios países, ha aumentado la presión para racionalizar el sector. De hecho se menciona que ES con volúmenes pequeños no son ya rentables.

Para compensar esa reducción de márgenes, en varios países han aumentado en forma importante los ingresos de las ES por otros servicios. Ambos fenómenos, la dependencia de otros servicios y la necesidad de grandes volúmenes para sobrevivir, han motivado que las ES más chicas, en general independientes, tengan que cerrar. Sin embargo, en todas las ES de menor tamaño los cierres se producen en forma transversal, independientemente de la forma de propiedad. O sea, también las ES chicas de propiedad de los mayoristas han tenido que cerrar. Toda referencia a la justicia de este proceso debe evaluarse desde la perspectiva del consumidor: si él se beneficia del mismo, no corresponde que la autoridad intervenga.

Existe una vertiente de la literatura que argumenta que el consumidor pierde si desaparecen las empresas independientes²⁹. Sostiene que la

²⁹ El trabajo más citado que establece dicha relación es Hastings, Justine S.: "Vertical Relationships and Competition in Retail Gasoline Markets: Empirical Evidence from Contract Changes in Southern California", 2001, que asegura proveer evidencia en favor de la hipótesis de que los independientes representan un factor de competencia sustancial y diferente al mercado. Es el más citado porque es uno de los pocos que encuentran dicho resultado, y el mejor entre ellos. Otro trabajo importante en esta área es uno de la misma Hastings: "Market Power, Vertical Integration, and the Wholesale Price of Gasoline", 2002, escrito conjuntamente con Richard Gilbert. No es el lugar para una evaluación extensa de dichos trabajos. Sin embargo, han sido muy criticados. Por ejemplo, Michelle Burtis (Federal Trade Commission,

desaparición de esas empresas disminuiría la competencia y que los independientes son las ES que ofrecen un menor precio. Sin embargo, lo cierto es que la desaparición de los independientes³⁰ es un *resultado* del proceso de competencia, principalmente porque son ES de tamaño pequeño, y al interferir en el mismo lo que se hace es justamente lo contrario a lo que se pretende: en lugar de favorecer el proceso de competencia, se le entorpece; en lugar de bajar los precios, se suben.

Parece difícil encontrar evidencia que sustente la presunción de que, cuando se trata de ES de similares características, las ES administradas por independientes tienen un comportamiento diferente del de una ES propiedad de un mayorista de marca y operada por un tercero. Esto es así ya que buena parte de los independientes tienen contratos con los mayoristas en los que éstos establecen la exclusividad, con lo cual no está claro hasta qué punto sus costos pueden diferir de los costos de los concesionarios que administran ES de propiedad del mayorista. Este hecho, para algunos observadores, llevaría a concluir que los requisitos de exclusividad son una restricción vertical que podría estar interfiriendo en la competencia. En algunos países se discute si se deben prohibir las cláusulas de exclusividad, dejando que las ES se abastezcan en el proveedor de menor costo. Lo cierto es que los contratos de distribución con exclusividad son universales, existen en todos los sectores y en todo el mundo. En muchos casos, es la única forma en que se puede desarrollar una marca o una reputación (en el sentido de preservar un determinado nivel de calidad).

Una característica importante de las ES que han surgido en las últimas décadas es que tienen altos costos fijos, debido a su gran tamaño y su mayor stock de productos. Esto implica que las ES, para amortizarlos, necesitan operar con un volumen elevado, lo que genera una fuerte competencia para aumentar la participación de mercado. Debido a ello, en muchos países el sector pasa por un período de intensa competencia, en que los márgenes no alcanzan a justificar la inversión en ES. En el contexto de una competencia intensa, los márgenes pueden estabilizarse en un nivel que es inviable en el largo plazo, dando una señal de que es necesario que de dicho mercado salgan determinados oferentes (en este caso, es una

mayo 9 de 2002) dice que hay dos cosas que diferencian a dicho estudio del resto de la literatura. La primera es que el trabajo analiza precios mayoristas y no minoristas, y luego quienes lo citan, erróneamente sacan conclusiones sobre los precios minoristas. La segunda es la definición de integración vertical utilizada. No se está midiendo la verdadera integración vertical, y por lo tanto no hay relación entre la pregunta que se formulan y la que responden.

³⁰ Definimos como ES independientes a las ES operadas por sus propios dueños, quienes tienen libertad para elegir abastecedor y deciden voluntariamente firmar un contrato para distribuir combustible de marca.

señal de que el tamaño óptimo de una ES en equilibrio ha cambiado y es mayor).

El hecho de que el mercado se estabilice por un tiempo con exceso de oferta no implica necesariamente que todas las ES están haciendo pérdidas. De hecho, cuanto mayor es el volumen, tanto mayores son las ganancias. En esta situación difícilmente puede irles bien a las ES pequeñas.

En resumen, la integración vertical es beneficiosa para los consumidores. En general, la racionalización del sector, mediante la disminución del número de ES, y la disminución del porcentaje de independientes, con el consiguiente aumento del porcentaje de ES que están verticalmente integradas, no dañarán a los consumidores si a través de ellas no se aumentan las barreras a la entrada al sector.

Ahora bien, hay una multiplicidad de grados de integración vertical. El sector se ha movido hacia mayores grados de integración vertical, lo que no significa que en realidad se haya integrado verticalmente en forma completa.

En el mercado de la gasolina se puede observar integración vertical en grados menores y mayores. De este modo, hay: a) ES independientes (de propiedad del operador) sin contrato de exclusividad con un mayorista (de las que existen muy pocas —son las consideradas independientes en Chile—); b) ES independientes (de propiedad del operador) con contrato de exclusividad con un mayorista (lo que muchas veces implica un contrato con muchas restricciones verticales), éstas están en disminución en el mundo; c) ES de propiedad del mayorista (o alquiladas por el mayorista), operadas por un tercero con contrato de concesión o franquicia; d) ES de propiedad del mayorista operadas por un tercero con contrato de consignación; y e) ES de propiedad del mayorista operadas por el mismo³¹.

Salvo en los dos casos extremos, existe un contrato entre el mayorista y el operador, que es de diferente naturaleza, pero las diferencias son más cuantitativas que cualitativas. La literatura económica demuestra que no hay una diferencia de naturaleza entre contratos de distribución de diferente tipo.

Los tests empíricos de las explicaciones para la existencia de integración vertical³² indican que los precios minoristas son menores cuando la

³¹ Esta clasificación se corresponde con otra clasificación muy utilizada en la literatura, de la siguiente manera: a y b son DODO (*dealer owned, dealer operated*); c y d son CODO (*company owned, dealer operated*); y e son COCO (*company owned, company operated*).

³² Ver Shepard, Andrea: "Contractual Form, Retail Price, and Asset Characteristics in Gasoline Retailing", 1993, pp. 58-77. Slade, Margaret E.: "Strategic Motives for Vertical Separation: Evidence from Retail Gasoline Markets", 1998, pp. 84-113.

ES está integrada verticalmente. Otros trabajos³³ que estudian los efectos de la legislación que protege a los minoristas independientes llegan a la misma conclusión.

Quienes no se encuentran cómodos ante esta línea de argumentación responden, al escucharla: muy bien, pero si esto es así, ¿por qué no está todo verticalmente integrado? Hemos respondido en parte esa pregunta más arriba, en el sentido de que es óptimo una mezcla de tipos de ES.

Como hemos argumentado, en determinadas situaciones la integración vertical no es la forma más eficiente de administración. Por ejemplo, los administradores jerárquicamente independientes tienen mejores incentivos para controlar los robos, ya que inciden directamente en su ganancia; sin embargo, los administradores a sueldo no necesariamente estarán preocupados de ello. Por lo tanto, en situaciones en que los robos sean un problema importante, la integración vertical no podrá ser una respuesta eficiente. Por otro lado, en situaciones en que la variabilidad de la demanda haga muy difícil distinguir si una venta baja es consecuencia de la mala suerte o es consecuencia de la falta de esfuerzo por parte de los empleados, será importante asignar los incentivos adecuados a las personas que efectivamente puedan verificarlo. En ese caso nuevamente será ineficiente la integración vertical.

El administrador jerárquicamente independiente tiene los incentivos y los medios para poder evaluar mejor si hubo falta de esfuerzo o no, e incentivar adecuadamente a sus empleados (a menor costo). Aquél tiene contrato que no le asegura un margen fijo, y por lo tanto tiene que preocuparse de que la administración sea eficiente. Sin embargo dicho margen sí lo tienen asegurado los consignatarios. Esto genera un problema de asignación de riesgo. La asignación óptima de riesgo depende, entre otras cosas, de la fluctuación de los precios y cambia cuando las ES están expuestas a guerras de precios. Cuando el riesgo es muy grande es óptimo un mayor grado de integración vertical, porque el mayorista puede diversificar el riesgo entre todas sus ES. Como se ve, el tipo de contrato que minimiza los costos, o aumenta el bienestar, está en función de la situación específica. El nivel de estos costos, por lo tanto, también depende de las circunstancias.

Los mayoristas elegirán la red de distribución que minimice estos costos, la que estará sujeta a determinado nivel mínimo de utilidad de los operadores de las ES. Es en este sentido que la evolución reciente de la

³³ Además de los consignados más arriba, puede mencionarse a Calvani, que realizó una revisión de la literatura a solicitud del organismo antimonopolio de Canadá. Ver Calvani: "Predatory Pricing and State Below-Cost Sales Statutes in the United States: An Analysis", 1999.

industria de la gasolina resulta beneficiosa para el consumidor. La industria ha estado desde hace mucho tiempo verticalmente integrada, en el sentido de que la red de distribución es la red de distribución del mayorista, independientemente de cómo decida estructurarla. Y elegirá estructurarla para maximizar su volumen, o sea para minimizar el margen del minorista.

En este contexto, aun en los casos en que la ES tiene mayor independencia, la relación contractual con el mayorista es beneficiosa, permite generar mayor calidad y menores precios, y la forma en que lo logra es por medio de los contratos de “exclusividad” y los recaudos para disminuir el riesgo del minorista. Lo importante para el consumidor es la competencia entre ES, o entre redes de ES, la que mantiene los márgenes bajos a nivel del minorista. La organización del mercado en cuanto a número de mayoristas o grado de integración vertical no es importante en este caso.

4.3.3. Regulación de la integración vertical en el mercado minorista

Entre las regulaciones que se discuten en forma más recurrente para reducir la integración vertical en la industria del petróleo está restringir o prohibir la propiedad de estaciones de servicio por parte de las empresas mayoristas (o sea, prohibir la modalidad COCO). Esta regulación ha fracasado en donde se ha implementado, fundamentalmente porque se basa en un diagnóstico erróneo de cuáles son los problemas del sector.

En Australia, por ejemplo, se acaba de desregular la participación de las empresas mayoristas en el sector minorista. En 1980 se prohibió la expansión de los mayoristas en el mercado minorista, ya que se pensaba que dicha expansión aumentaba su poder de mercado y limitaba la competencia. Sin embargo, recientemente se derogó esta medida, ya que había una fuerte competencia en el sector minorista que había hecho desaparecer a los operadores pequeños e independientes (justamente quienes pretendían ser protegidos por la legislación). En esta situación, la regulación aparecía como una limitación arbitraria de la expansión para determinadas empresas (aquellas que tenían negocios *upstream*). Quince años después, para aumentar la competencia, se decidió adoptar la medida exactamente opuesta a la que se había tomado en 1980 para hacer lo mismo, en un reconocimiento del error que significó. O sea, antes se prohibió la expansión de los mayoristas en el mercado minorista, para aumentar la competencia, y ahora se la autorizó de nuevo, para aumentar la competencia. Esto muestra que la medida de los ochenta partió de un error de diagnóstico.

Estudios en diferentes estados de los EE. UU., en diferentes años, con diferentes metodologías, sostienen que las regulaciones que cambian el

grado de integración vertical del mercado resultan en un mayor precio de la gasolina para el consumidor³⁴. Esto es así porque el diagnóstico de que la integración vertical estaba generando poder de mercado y resultaba en un precio mayor de la gasolina era equivocado, y más bien la integración vertical era eficiente y resultaba en menores costos.

Dos de los trabajos más importantes son los de Vita y Blass y Carlton (citados más arriba). Los resultados obtenidos por éstos y otros estudios sugieren con mucha fuerza que la integración vertical es motivada por consideraciones de eficiencia. Dicha eficiencia se pierde cuando se impide la integración vertical y eso resulta en mayores precios. Vita estima, sobre la base de sus resultados, que si se hubiera adoptado la legislación de divorcio a nivel nacional (como se propuso en un momento en EE. UU.), la pérdida de bienestar de los consumidores habría sido de aproximadamente US\$ 2,5 billones al año. Un costo muy alto para una política que no muestra ningún beneficio.

Conviene recordar que esta evidencia empírica concuerda con lo que se decía más arriba y con lo que sostendría la teoría económica para una industria con las características tecnológicas de la industria de la gasolina: si hubiese poder de mercado en el nivel mayorista, entonces sería explotado en ese nivel, y lo más eficiente sería vender tanto como se pueda a ese precio monopólico, por lo cual de todas maneras estructurarían la red de distribución de mínimo costo. O sea, la teoría dice que independientemente de si existe poder de mercado a nivel mayorista o no, la red de distribución se estructurará para que sea de mínimo costo.

Ésta es, entonces, la razón porque en el mundo la industria minorista de la gasolina ha cambiado significativamente desde los setenta. Las ES son hoy más grandes, venden más gasolina y una multiplicidad de otros productos, pero ya no tienen talleres de reparación. En estos talleres el monitoreo *in situ* era muy importante, y generaba un flujo de ventas no relacionado con la venta de gasolina. Sin embargo, las ventas de supermercado que hacen hoy las ES son fuertemente complementarias de la venta de

³⁴ Ver Barron, John y John Umbeck: "The Effects of Different Contractual Arrangements: The Case of Retail Gasoline Markets", 1984, pp. 313-28.; Borenstein, Severin y Richard Gilbert: "Uncle Sam at the Gas Pump: Causes and Consequences of Regulating Gasoline Distribution", 1993, pp. 63-75; Goldstein, Larry, Ron Gold y Andrew Kleit: "Divorced From the Facts: Retail Gasoline Divorcement Redux", 1998, pp. 27-34; Honeycutt, T. Crawford: "Competition in Controlled and Uncontrolled Gasoline Markets", 1985, pp. 105-39; Reiffen, David y Michael Vita: "Is There New Thinking on Vertical Mergers?", 1995, pp. 917-41; Shepard, Andrea: "Pricing Behavior and Vertical Contracts in Retail Markets", 1990, pp. 427-31; Shepard, Andrea: "Contractual Form, Retail Price, and Asset Characteristics...", 1993, pp. 58-77; Westfield, J. Fred: "Vertical Integration: Does Product Price Rise or Fall?", 1981, pp. 334-46.

gasolina. Este cambio en los productos que ofrecen es la clave detrás del cambio en la estructura del contrato que minimiza el costo de la red de distribución.

Adicionalmente, en muchos países ha aumentado el porcentaje de ES que operan con la modalidad de *self service*. Este cambio también disminuye la necesidad de monitoreo *in situ* y reduce los beneficios de distribuir a través de concesionarios. En resumen, la red de distribución más barata, que predominantemente se basaba en concesionarios, ha pasado a ser una red de ES más integradas verticalmente (o sea, están operadas por el mayorista o por consignatarios).

4.3.4 Evidencia empírica para Chile³⁵

Las figuras siguientes ilustran la situación en Chile. Puede observarse en las Figuras N° 2 a N° 4³⁶ que cuanto mayor es el volumen, menor es el porcentaje de ES administradas por concesión, o franquicia (ver Figura N° 2); o sea, la integración vertical aumenta a medida que aumenta el tamaño. En la Figura N° 3 puede verse que a mayor volumen, mayor porcentaje de las ES son propiedad de COPEC. De manera que cuanto mayor es el volumen, van desapareciendo las ES DODO y se va pasando primero a las CODO, y luego a las COCO. ¿Por qué importa el tamaño? Porque cuanto mayor sea el tamaño, más probable es que tengan minimarket (complemento de la gasolina) y más probable es que no se necesite la propiedad como estímulo para que el agente se comporte adecuadamente (ver Figura N° 4).

Esto en términos de corte transversal. La evolución en el tiempo en los últimos años y la evolución del porcentaje de concesionarios en todo el país y en la RM (Región Metropolitana) puede observarse en las Figuras N° 5A y N° 5B, respectivamente. La primera observación es que el nivel es diferente (hay muchas menos concesiones en la RM). Eso es explicable porque en la RM, en promedio, las ES son más grandes, y, por lo tanto, es más probable que tengan minimarket, por lo que no hay tanta necesidad de incentivos de alto poder en la venta de la gasolina, como se vio anteriormente. Con relación a la evolución, se observa tanto en el total del país

³⁵ Se agradece a COPEC el haber proporcionado los datos en que se basa esta sección. Éstos se refieren, por lo tanto, exclusivamente a la evolución de las ES COPEC.

³⁶ En estas figuras se ha dividido a las ES según volumen de venta por tramos (de 0 a 100 m³ mensuales, de 100 a 200 m³ mensuales, etc.) y en cada uno de dichos tramos se estimó el porcentaje de ES con minimarket, de ES administradas por consignatarios, y de ES propiedad de COPEC.

FIGURA N° 2: PORCENTAJE DE ESTACIONES DE SERVICIOS ADMINISTRADAS POR CONSIGNACIÓN, POR VOLUMEN EN M³ POR MES

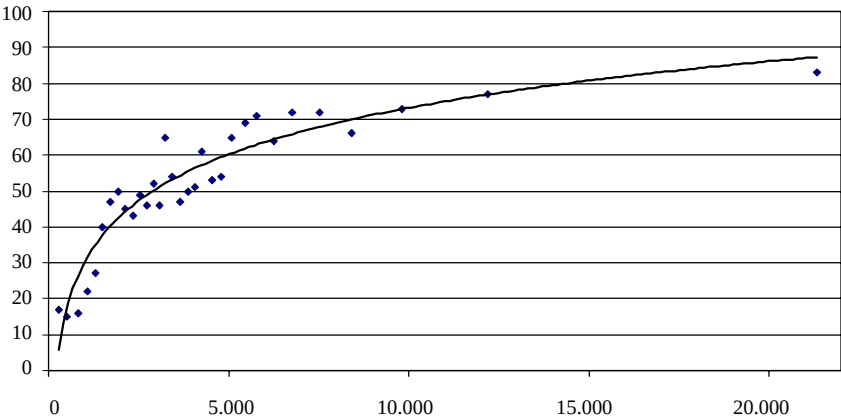


FIGURA N° 3: PORCENTAJE DE ESTACIONES DE SERVICIOS PROPIEDAD DE COPEC, POR VOLUMEN MENSUAL EN M³

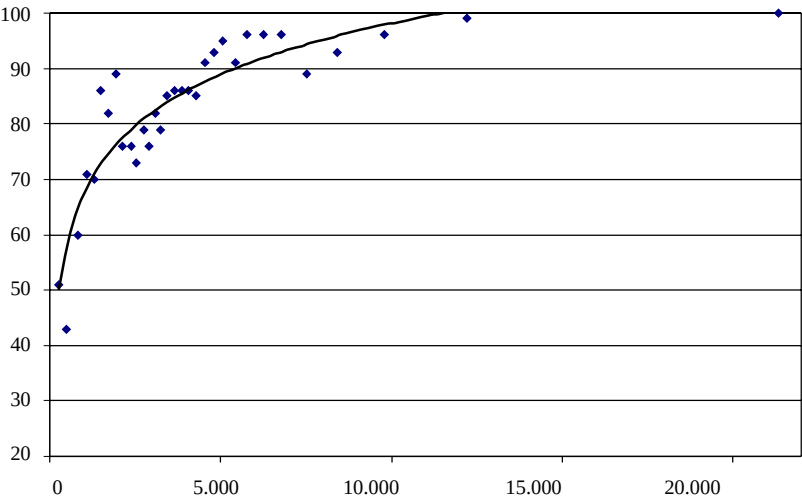
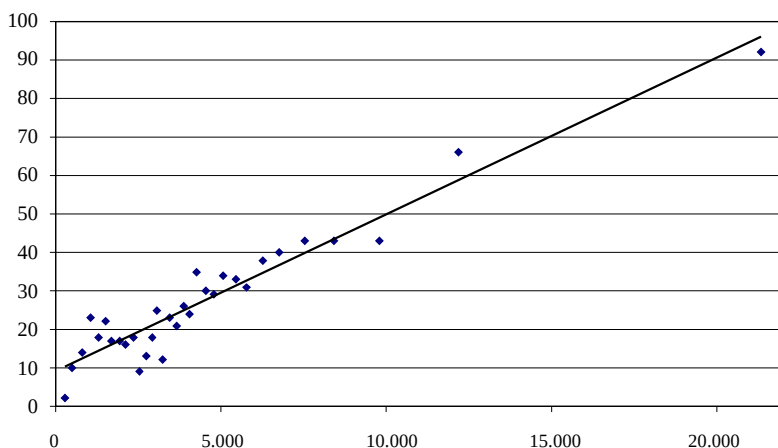


FIGURA N° 4: PORCENTAJE DE ESTACIONES DE SERVICIOS CON MINIMARKET, POR VOLUMEN MENSUAL EN M³



como en la RM una proporción de concesionarios decreciente hasta fines de 2002, lo que implica un aumento de la integración vertical, compatible con la evolución observada en el mundo y discutida anteriormente. Después de fines de 2002 dicha tendencia se estabiliza (en el total país) o se revierte (en la RM). O sea, la tendencia a aumentar la integración vertical es más clara en el resto del país que en la RM, donde desde el principio de la serie la integración vertical era mayor. La RM es también el lugar donde hay más guerras de precios, y la existencia de guerra de precios aumenta la demanda de las ES por un seguro, seguro que COPEC puede otorgar porque puede diversificar su riesgo entre todas las ES. El seguro implica pasar a ser consignatario, con un retorno asegurado, en lugar de ser concesionario, con un retorno variable y posiblemente negativo en el contexto de guerra de precios. De manera que en la RM es posible que, en función de la guerra de precios, oscile el número de concesionarios, tanto para aumentar como para caer.

En todo caso, las fluctuaciones en el porcentaje de concesionarios que muestran las series prueban que se está ante una situación fluida, y que la evolución hacia mayor integración vertical se revertirá si las condiciones así lo requieren, como sucedió en la RM en el año 2003.

El Cuadro N° 2 muestra que comparando el stock al 2003 con las ES abiertas en los últimos 4 años, se nota que en el flujo reciente ya casi no

FIGURA N° 5.A: CONCESIONARIOS, TOTAL PAÍS (%)

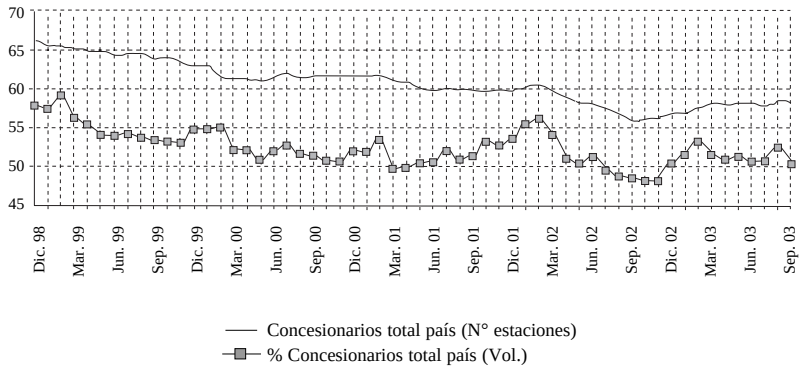
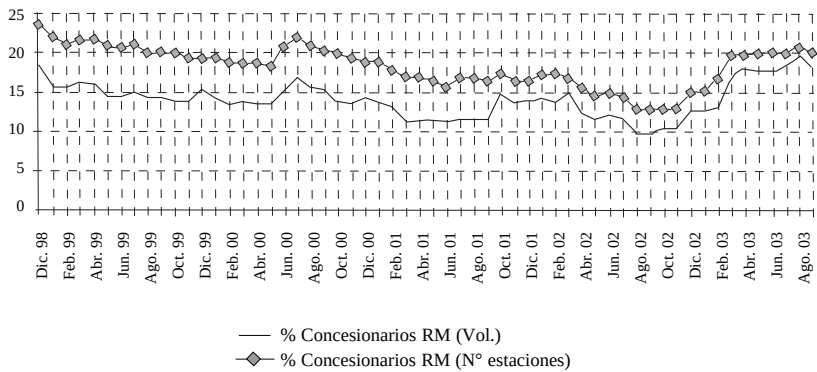


FIGURA N° 5.B: CONCESIONARIOS, RM (%)



hay DODO (*dealer owned, dealer operated*) y el porcentaje de las mismas fue trasladado a las CODO (*company owned, dealer operated*).

En relación con la propiedad de la ES, en las nuevas se nota un mayor porcentaje de ES propiedad del mayorista (97% en el flujo de los últimos 4 años; 85% en el stock a 2003). En relación con la operación, se nota un aumento de las que son operadas por *dealers* (de 91% en el stock a 97% en el flujo). En relación con la proporción entre consignación y concesión, para las ES de propiedad del mayorista el porcentaje dado en concesión aumenta en el flujo *versus* el stock (dos tercios *versus* la mitad); y para las ES de propiedad de los *dealers*, el porcentaje en concesión es siempre de casi 100%.

CUADRO N° 2:

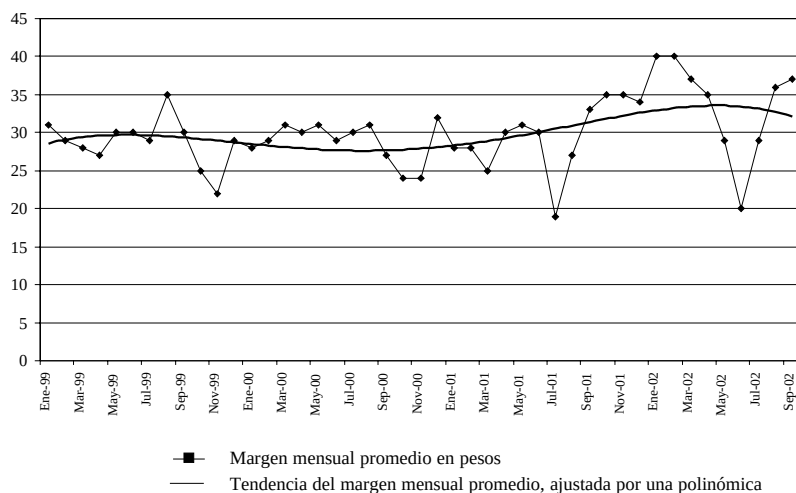
Gasolina 93				Stock de ES a septiembre 2003			ES abiertas desde nov. 99		
Régimen	Propiedad	Adminis- tración	Contrato	Cantidad	% por régimen	% concesión - consignación	Cantidad	% por régimen	% concesión - consignación
COCO	Copec	Filiales Copec	Concesionario	29		54,7	1		50,0
			Consignatario	24		45,3	1		50,0
Total COCO				53	8,6		2	6,7	
CODO	Copec	Otro	Concesionario	247		53,1	18		66,7
			Consignatario	218		46,9	9		33,3
Total CODO				465	75,9		27	90,0	
DODO	Terceros	Otro	Concesionario	83		87,4	1		100,0
			Consignatario	12		12,6	0		0,0
Total DODO				95	15,5		1	3,3	
Total general				613			30		

COCO: *Company owned, company operated.*
CODO: *Company owned, dealer operated.*
DODO: *Dealer owned, dealer operated.*

En otras palabras, si bien se observa un cambio hacia mayor propiedad del mayorista, también se observa menos ES operadas directamente por el mayorista y un mayor porcentaje entregado en concesión en el margen que en el stock. Esto demuestra el hecho de que el contrato óptimo depende de las circunstancias, que la evolución del stock hacia mayor integración vertical ocurre por cambios intramarginales (en ES existentes), y que las nuevas tienen un porcentaje de concesión más alto que el stock³⁷. O sea, hay menor integración vertical en el flujo que en el stock.

³⁷ Blass y Carlton (1999) utilizan evidencia como ésta para demostrar que la hipótesis de la predación es insostenible. En el caso de EE.UU. muestran que entre 1984 y 1987 los mayoristas construyeron 112 nuevas ES que entregaron a un concesionario para operar. Esto equivale a 22% de las nuevas ES. Algunas de éstas fueron administradas directamente por un breve período inicial para que el concesionario no tuviera que pagar los *start up costs*. Estos datos no son compatibles con la hipótesis de predación. Aun más interesante (y paradójico desde el punto de vista de la hipótesis de predación) es que entre 1986 y 1988 los diez mayoristas incluidos en el estudio convirtieron 646 ES directamente operadas, en operadas por concesionario. Bajo la hipótesis de predación esto no debiera pasar. Todos estos datos invalidan la hipótesis de predación y convalidan la de eficiencia. Algo similar sucede en Chile.

FIGURA N° 6: MARGEN MENSUAL PROMEDIO



La Figura N° 6 muestra cómo mientras sucedían todos estos cambios en la propiedad, el margen ha tenido una evolución cíclica de una media similar en los últimos años.

4.4. La estrategia predatoria

El otro tema que se maneja con frecuencia en el caso del mercado de la gasolina es el de las estrategias predatorias. Las estrategias predatorias son aquellas en que la empresa hace una pérdida hoy (en general, hace algo que no es racional en el corto plazo) para ganar poder de mercado en el futuro³⁸.

El análisis del tema en los años previos a los 60 daba por hecho que empresas grandes, con mucho dinero, querrían bajar sus precios por debajo de los costos para hacer quebrar a su competencia, y luego aumentar los precios. Sin embargo, esta estrategia requiere de muchos prerrequisitos para funcionar. Por ejemplo, una estrategia predatoria en un mercado sin barreras a la entrada es una estrategia suicida.

³⁸ Para una discusión sobre los precios predatorios ver Barron, John, Mark Loewenstein y John Umbeck: "Predatory Pricing: The Case of the Retail Gasoline Market", 1985, pp. 130-139, o Calvani, Terry: "Predatory Pricing and State Below-Cost Sales Statutes in the United States: An Analysis", 1999.

En el caso de la gasolina, la estrategia predatoria relevante para el análisis es una política en que se usan las ganancias del mercado mayorista para tratar de monopolizar el minorista. Las ganancias se usan para financiar las pérdidas de los precios predatorios a nivel minorista, y éstos se utilizan para eliminar a las empresas competidoras del mercado minorista, para luego disfrutar de un monopolio en este mercado. Sin embargo, si no hay barreras a la entrada en el mercado minorista, no tiene sentido hacer esto, ya que una vez que el monopolista aumenta el precio en el mercado minorista, podrían entrar nuevas empresas.

Esta estrategia tiene aún menos sentido cuando el mayorista acusado de precios predatorios no es un monopolio sino una empresa entre varias otras, a menos que se acuse a todas las empresas de coludirse para poner precios predatorios, lo cual constituiría una novedad en la literatura. En todo caso sigue siendo cierto que si no hay barreras a la entrada, utilizar las ganancias del mercado mayorista para tratar de aumentar las ganancias en el minorista es una manera de botar las ganancias, ya que se incurre en un costo alto, con la esperanza de una ganancia efímera. O sea, es difícil ver cómo una empresa podría recuperar sus pérdidas si el segundo mercado es competitivo y no hay barreras a la entrada.

4.5. El fenómeno de los cohetes y las plumas

Otra discusión que existe en el mercado de la gasolina se refiere al ciclo de precios. Algunos arguyen que hay “excesiva” variación de precios en dicho mercado; otros, que los precios de la gasolina responden rápido al aumentar el precio del petróleo y lento cuando éste disminuye (los precios suben como cohetes y caen como plumas). Estos hechos han dado lugar a que se dicten leyes que regulan la variación de los precios en el mercado de la gasolina.

El tema es que los frecuentes ciclos de precios minoristas de la gasolina se han considerado en algunos casos síntoma de colusión, ya que toda la industria sube y baja a la vez, y en otros casos síntoma de comportamiento predatorio por parte de los mayoristas. Ante la presencia de este comportamiento de precios, una investigación para el Competition Bureau concluyó en 2001 que los ciclos de precios minoristas se debían a la intensa competencia y no a comportamiento predatorio³⁹.

³⁹ Canadian Conference Board, “The Final Fifteen Feet Of Hose: The Canadian Gasoline Industry in the Year 2000”, 2001.

Las regulaciones a los ciclos de precios, y en particular aquellas que ponen precios mínimos, tienen como objeto también proteger a las ES independientes⁴⁰.

Hay una amplia literatura sobre el tema de la asimetría en el ajuste de los precios ante shocks positivos o negativos⁴¹. Como en tantos de estos temas, se parte de la base que en una industria con alta concentración y alta integración vertical todo comportamiento que se desvíe de lo considerado “normal” debe ser una indicación de abuso de poder de mercado. Sin embargo, la literatura al respecto, luego de un tiempo en que se discutió ampliamente si había o no un fenómeno de “cohetes y plumas” en el sector de la gasolina, en que se discutió cuál era la forma adecuada de testearlo y cuál era la unidad de tiempo correcta, se pasó a la pregunta de qué era lo que podía concluirse si se comprobaba un comportamiento asimétrico de los precios: ¿implicaría necesariamente que hay poder de mercado, o podría señalar otra cosa?

El pionero estudio de Peltzman planteó el tema en su dimensión correcta⁴². Peltzman comprueba, al estudiar un número muy amplio de industrias, que la respuesta asimétrica a cambios en los precios de los insumos es una característica generalizada de los mercados, esto es: que los precios minoristas responden más rápidamente a los cambios en los precios de los insumos cuando éstos suben que cuando bajan. Esta asimetría no está asociada a la estructura del mercado ni a la existencia de poder de mercado.

⁴⁰ Ver Johnson, Ronald N.: “The Impact of Sales-Below-Cost Laws on the U.S. Retail Gasoline Market”, 1999, o “The Decline of Independent Petrol Retailing: Rationalization or Predation?”, estudio hecho por el New Zealand Institute of Research para el Ministerio de Desarrollo Económico, abril 2002.

⁴¹ La importancia de estudiar la asimetría en la respuesta del precio de la gasolina a los shocks en el precio del insumo principal parte de la constatación en la literatura del fenómeno llamado “rockets and feathers” o de “los cohetes y las plumas”. Esta constatación consiste en que si los precios del crudo aumentan, los precios de la gasolina aumentan tan rápido como un cohete, sin embargo cuando los primeros bajan, los segundos bajan tan lento como una pluma. Sin embargo, si bien el estudio de la asimetría es utilizado en otros países para tratar de detectar la existencia de poder de mercado, la literatura más reciente concluye que es una forma errónea de detectarlo. Algunos trabajos importantes en la literatura sobre la asimetría de los precios en el mercado de la gasolina son: Bacon: “Rockets and Feathers: The Asymmetric Speed of Adjustment of U. K. Retail Gasoline Prices to Cost Change”, 1991; Kirchgässner y Kübler: “Symmetric or Asymmetric Price Adjustments in the Oil Market: An Empirical Analysis of the Relations between International and Domestic Prices in the Federal Republic of Germany, 1972-89”, 1992; Karrenbrock: “The Behavior of Retail Gasoline Prices: Symmetric or Not?”, 1991; Duffy-Deno: “Retail Price Asymmetries in Local Gasoline Markets”, 1996; Borenstein, Cameron y Gilbert: “Do Gasoline Prices Respond Asymmetrically to Crude Oil Price Changes?”, 1997; y Godby, Lintner, Stengos y Wandschneider: “Testing for Asymmetric Pricing in the Canadian Retail Gasoline Market”, 2000. El trabajo de Peltzman: “Prices Rise Faster than They Fall”, 2000, prueba que el fenómeno de la asimetría es más común de lo que se piensa (es la característica de sectores que conforman dos tercios del sector industrial de EE.UU.) y que no se asocia con la existencia de poder de mercado.

⁴² Ver Sam Peltzman, “Prices Rise Faster than They Fall”, 2000, pp. 466-502.

5. Conclusiones finales

La conclusión más importante de este trabajo es que cuando un sector es competitivo, la regulación no puede tener otra consecuencia que aumentar los costos, aumentar los precios, disminuir la competencia, imponer barreras a la entrada y en general disminuir la eficiencia en el funcionamiento del mercado, disminuyendo el bienestar de los consumidores, que era el objetivo original de la regulación.

De hecho, una aplicación sistemática de la teoría económica muestra que una serie de intervenciones en el mercado del petróleo eran innecesarias, y que se derivaban de una mala interpretación de los hechos o de la teoría. A dichas intervenciones innecesarias han seguido una multiplicidad de estudios empíricos que comprueban los costos generados por estas intervenciones.

Desde las instalaciones esenciales y el *open access* hasta la desintegración vertical, pasando por los precios predatorios y los ciclos de precios, se ha podido verificar que lo que ha primado en el regulador es, en particular, una desconfianza de la operativa de un mercado concentrado y con grados importantes de integración vertical. Dicha desconfianza no está necesariamente justificada en la teoría (por la falta de barreras a la entrada) y definitivamente no encuentra fundamento en los estudios empíricos.

Algunos de estos errores habrían sido fácilmente reparables si no hubiera ocurrido que, en casi todos los casos, además, se han impuesto regulaciones estructurales (*heavy handed regulation*), que en sí mismas señalan desconfianza en el mercado y confianza en la regulación. Esto ha tenido consecuencias perversas que pudieron haberse evitado con regulación *light handed* de conducta, reforzada por la comisión antimonopolio. Puede pensarse que en Chile la permanencia de ENAP y EMALCO en la órbita pública es efectivamente señal de desconfianza en la empresa privada y en la operación del mercado. Sin embargo, se discutió en el trabajo que no se necesitan cambios en la normativa del mercado para privatizarlas y que, de hecho, hacen lo que hacen porque es lo mejor para la empresa y están operando sujetas a las mismas restricciones que una empresa privada.

La regla fundamental a aplicar en el mercado del petróleo, así como en otros mercados, es identificar y anular las barreras a la entrada, poniendo mucho énfasis en evitar que la propia regulación se transforme en una barrera a la entrada.

Chile ha tenido tradicionalmente más confianza en los mercados al estructurar su marco regulatorio. Es así que ha optado por *light handed regulation* aun en casos en que la mayoría de los demás países han optado

por *heavy handed regulation*⁴³. Es por lo tanto esperable que continúe esta saludable inclinación en la industria del petróleo. Esta tarea debiera facilitarse por el hecho de que el margen mayorista más minorista en el caso de la gasolina es bajo en términos internacionales, y del orden del margen *minorista* en otros países.

O sea, la teoría económica nos indica que la mayoría de los problemas que se visualizan no son tales. La teoría regulatoria no sólo nos impulsa a ser prudentes y a regular únicamente como último recurso, y, en ese caso, a hacerlo de la forma más flexible posible, sino que también el examen práctico del funcionamiento del mercado en Chile nos indica que el mercado funciona y que no se requieren normas adicionales para que continúe haciéndolo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Allvine, Fred y James Patterson: *The Marketing of Gasoline*. Indiana University Press, 1972.
- Bachmeier, Lance y James Griffin: "New Evidence on Asymmetric Gasoline Price Responses", 2002. Aparecerá en un próximo número de *Review of Economics and Statistics*.
- Bacon, R. W.: "Rockets and Feathers: The Asymmetric Speed of Adjustment of U. K. Retail Gasoline Prices to Cost Change". *Energy Economics*, 13 (1991), pp. 211-218.
- Barron, John, y John Umbeck: "The Effects of Different Contractual Arrangements: The Case of Retail Gasoline Markets". *Journal of Law & Economics*, 27 (1984).
- Barron, John, Mark Loewenstein y John Umbeck: "Predatory Pricing: The Case of the Retail Gasoline Market". *Contemporary Policy Issues*, 3 (1985).
- Barron, John, Beck Taylor y John Umbeck: "Another Look at Asymmetries in Gasoline Price Adjustment: A Contractual Approach". Trabajo inédito, Purdue University, 1998.
- Bhaskar, V.: "Asymmetric Price Adjustment: Micro Foundations and Macroeconomic Implications". *Economics Discussion Papers* 547, University of Essex, Department of Economics, 2002.
- Bettendorf, L., S. A. van der Geest y M. Varkevisser: "Price Asymmetry in the Dutch Retail Gasoline Market". *Energy Economics*, Vol. 25 (6) (2003), pp. 669-689.
- Blass, Asher y Dennis Carlton: "The Choice of Organizational Form in Gasoline Retailing and the Costs of Laws Limiting That Choice". National Bureau of Economic Research Working Paper N° 7435 (diciembre, 1999).
- Borenstein, Severin y Richard Gilbert: "Uncle Sam at the Gas Pump: Causes and Consequences of Regulating Gasoline Distribution". *Regulation* (primavera 1993).
- Borenstein, Severin, A. Colin Cameron y Richard Gilbert: "Do Gasoline Prices Respond Asymmetrically to Crude Oil Price Changes?" *Quarterly Journal of Economics*, febrero 1997, pp. 305-339.
- Brown, Stephen P. A. y Mine Yucel: "Gasoline and Crude Oil Prices: Why the Asymmetry?" *Economic and Financial Review*, 3^{er} trimestre (2000).

⁴³ En términos comparativos, es lo que sucede, por ejemplo, en la electricidad o en el gas.

- Burtis, Michelle: Ponencia en conferencia "Factors that Affect Prices of Refined Petroleum Products". Federal Trade Commission, mayo 9 de 2002.
- Calvani, Terry: "Predatory Pricing and State Below-Cost Sales Statutes in the United States: An Analysis". Canadian Competition Bureau, 1999.
- Canadian Conference Board: "The Final Fifteen Feet Of Hose: The Canadian Gasoline Industry in the Year 2000". ©2001 The Conference Board of Canada.
- Carlton, W., y Jeffrey Perloff: *Modern Industrial Organization*. Segunda edición, 1994.
- Colangelo, Giuseppe y Gianmaria Martini: "Vertical Relations and Pricing in the Italian Gasoline Retail Market". Trabajo presentado en la Eunip Conference, celebrada el 5-7 diciembre, 2002, en Finlandia.
- Competition Bureau, gobierno de Canadá: "Report on the Saskatchewan Gasoline Industry". Informe de noviembre 1999.
- Davis, Michael C., y James D. Hamilton: "Why Are Prices Sticky? The Dynamics of Wholesale Gasoline Prices". NBER Working Paper N° 9741, junio 2003.
- Department of Energy, Estados Unidos: "Restructuring: The Changing Face of Motor Gasoline Marketing", 2000.
- Duffy-Deno, Kevin T.: "Retail Price Asymmetries in Local Gasoline Markets". *Energy Economics*, 18 (1996), pp. 81-92.
- Fuentes, J. R., R. Paredes y J. Vatter: "Desregulación y Competencia en el Mercado de la Gasolina". *Estudios Públicos*, 56 (primavera 1994).
- Galeotti, Marzio, Alessandro Lanza y Matteo Manera: "Rockets and Feathers Revisited: An International Comparison on European Gasoline Markets". Working Paper 06.02, Fondazione Eni Enrico Mattei, 2002.
- Godby, R., A. Lintner, T. Stengos y B. Wandschneider: "Testing for Asymmetric Pricing in the Canadian Retail Gasoline Market". *Energy Economics*, Vol. 22, 3, (2000), pp. 349-368.
- Goldstein, Larry, Ron Gold y Andrew Kleit: "Divorced From the Facts: Retail Gasoline Divorcement Redux". *Oil & Gas Journal*, noviembre 9 (1998).
- Hastings, Justine S. y Richard Gilbert: "Vertical Integration in Gasoline Supply: An Empirical Test of Raising Rivals' Costs". Competition Policy Center. Paper CPC01-21 (junio 1, 2001).
- Hastings, Justine S.: "Vertical Relationships and Competition in Retail Gasoline Markets: Empirical Evidence from Contract Changes in Southern California". Policy Competition Center, Paper CPC00-010 (2001).
- Hastings, Justine y Richard Gilbert: "Market Power, Vertical Integration, and the Wholesale Price of Gasoline" Damouth Working Paper, 2002.
- Honeycutt, T. Crawford: "Competition in Controlled and Uncontrolled Gasoline Markets". *Contemporary Policy Issues*, 3 (1985).
- Johnson, Ronald N.: "The Impact of Sales-Below-Cost Laws on the U.S. Retail Gasoline Market". A Report Prepared for Industry Canada, Competition Bureau, Québec, Canada (1999).
- Karrenbrock, Jeffrey D.: "The Behavior of Retail Gasoline Prices: Symmetric or Not?" *Review of the Federal Reserve Bank of St. Louis* (julio 1991), pp. 19-29.
- Kirchgässner, G. and K. Kübler: "Symmetric or Asymmetric Price Adjustments in the Oil Market: An Empirical Analysis of the Relations between International and Domestic Prices in the Federal Republic of Germany, 1972-89". *Energy Economics*, 14 (1992), pp. 171-185.

- Lafontaine, Francine, y Emmanuel Raynaud: "Residual Claims and Self-Enforcement as Incentive Mechanisms in Franchise Contracts: Substitutes or Complements?" En E. Brousseau y J. M. Glachant (eds.), *Contract in Prospect and Retrospect*. Cambridge University Press.
- Levy, Daniel, Shanantu Dutta y Mark Bergen: "Heterogeneity in Price Rigidity: Evidence from a Case Study Using Micro Level Data". *Journal of Money, Credit and Banking*, Vol. 34 (1) (2000), pp. 197-220.
- Maryland Department of Fiscal Services: "Gasoline Station Divorcement". Annapolis, Maryland, 1988.
- Ménard, Claude: "Of Clusters, Hybrids and Other Strange Forms: The Case of the French Poultry Industry". *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 152 (1996).
- Ménard, C.: "The Economics of Hybrid Organizations". Discurso presidencial, International Society for New Institutional Economics-MIT. Septiembre, 29, 2002.
- Ministerio de Industria, Turismo y Recursos, Australia: "Downstream Petroleum Industry". Informe, 2002.
- New Zeland Institute of Research: "The Decline of Independent Petrol Retailing: Rationalization or Predation?". Trabajo realizado para el Ministerio de Desarrollo Económico de Nueva Zelanda, abril 2002.
- New Zeland Institute of Research: "The Decline of Independent Petrol Retailing: Rationalization or Predation?". Estudio hecho por el New Zeland Institute of Research para el Ministerio de Desarrollo Económico, 2002.
- Paredes, R. y R. Sanhueza: "Competencia en el Mercado de Hidrocarburos en un Contexto de Participación Privada". Mimeo, Santiago, marzo 2001.
- Peltzman, Sam: "Prices Rise Faster than They Fall". *Journal of Political Economy*, 108 (2000).
- Reiffen, David y Michael Vita: "Is There New Thinking on Vertical Mergers?" *Antitrust Law Journal*, 63 (1995).
- Rosen, Mark J.: "Regulating Hawaii's Petroleum Industry". Trabajo realizado para el Legislative Reference Bureau, organismo asesor de la Legislatura Estadual del estado de Hawaii. Report N° 5, 1995.
- Sapelli, C.: "Las Organizaciones Híbridas. Naturaleza, Objetivos y Regulación: Una Aplicación al Mercado Minorista de la Gasolina". Documento Docente N° 69, Instituto de Economía, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003.
- Sen, Anindya: "Higher Prices at Canadian Gas Pumps: International Crude Oil Prices or Local Market Concentration? An Empirical Investigation". *Energy Economics*, 25 (3), pp. 269-288.
- Shepard, Andrea: "Pricing Behavior and Vertical Contracts in Retail Markets". *American Economic Review (Papers and Proceedings)*, 80 (1990).
- Shepard, Andrea: "Contractual Form, Retail Price, and Asset Characteristics in Gasoline Retailing". *RAND Journal of Economics*, 24 (1993).
- Shepard, Andrea: "Contractual Form, Retail Price, and Asset Characteristics in Gasoline Retailing". *RAND Journal of Economics*, Vol. 24 N° 1 (primavera 1993).
- Slade, Margaret E.: "Multitask Agency and Contract Choice: An Empirical Exploration". *International Economic Review*, Vol. 37 N° 2, mayo (1996).
- Slade, Margaret E.: "Strategic Motives for Vertical Separation: Evidence from Retail Gasoline Markets". *Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 14 N° 1 (abril 1998).
- Stigler, George J.: *The Organization of Industry*. Homewood, Ill.: Irwin, 1968.

- The Conference Board of Canada: "The Final Fifteen Feet of Hose: The Canadian Gasoline Industry In The Year 2000".
- Vita, M. G.: "Regulatory Restrictions on Vertical Integration and Controls: The Competitive Impact of Gasoline Divorcement Policies". Federal Trade Commission, Working Paper, *Journal of Regulatory Economics*, 18 (3) (1999), pp. 217-233.
- Westfield, J. Fred: "Vertical Integration: Does Product Price Rise or Fall?" *American Economic Review*, 71 (1981). □

EL MITO DEL NEOLIBERALISMO*

Enrique Ghersi

El autor explora en este ensayo los posibles orígenes del término “neoliberalismo”, para luego abordar sus diferentes significados al interior del liberalismo y, finalmente, esclarecer los mecanismos por los que se ha producido la corrupción de esta palabra. ¿Cómo el “neoliberalismo”, que alguna vez fue entendido por los liberales como un desarrollo de su pensamiento o una nueva escuela del mismo, ha pasado a usarse (de preferencia por la prensa y por políticos fuera del ámbito liberal, tanto en América Latina como en África y Asia) en un sentido distinto de los que tuvo dentro del liberalismo contemporáneo o para sugerir una realidad inexistente? ¿No ocurrió lo mismo con el término liberal en el mundo anglosajón, donde acabó teniendo un sentido opuesto al de su tradición histórica?

ENRIQUE GHERSI. Abogado y escritor peruano. Profesor de la Universidad de Lima. Ex diputado por Lima. Miembro de la Sociedad Mont Pelerin. Académico Adjunto del Cato Institute. Coautor con Hernando de Soto y Mario Ghibellini de *El Otro Sendero*.

* Ponencia presentada en la Reunión Regional de la Mont Pelerin Society que se realizó en Chattanooga entre el 18 y el 22 de septiembre de 2003.

1. Introducción

El término “neoliberalismo” es confuso y de origen reciente. Prácticamente desconocido en Estados Unidos, tiene alguna utilización en Europa, especialmente en los países del Este. Está ampliamente difundido en América Latina, África y Asia. Sin embargo, esta difusión tiene poco que ver con su origen histórico. Forma parte del debate público que se produce en tales regiones, en el que la retórica —que es una ciencia autónoma— tiene un rol protagónico para darles o quitarles el sentido a las palabras.

Ahí donde tiene difusión el “neoliberalismo”, es utilizado para asimilar el liberalismo —a veces despectivamente, a veces con cierta pretensión científica— con políticas, ideas o gobiernos que, en realidad, no tienen nada que ver con él. Esta práctica ha llevado a muchos a considerar que se encuentran frente a un mito contemporáneo: que el “neoliberalismo” sólo existe en la imaginación de quienes usan el término.

Este rechazo se ve incrementado además porque actualmente resulta muy difícil encontrar un liberal que se reclame a sí mismo como perteneciente a aquella subespecie calificándose como “neoliberal”. Por el contrario, quienes lo usan son generalmente sus detractores.

En base a tales consideraciones, generalmente asumidas por los liberales, inicié este trabajo, pero muy pronto advertí algunos problemas bastante significativos. En primer lugar, que el “neoliberalismo” técnicamente no es un mito, sino una figura retórica por la cual se busca pervertir el sentido original del concepto y asimilar nuestras ideas a otras ajenas, con el propósito de desacreditarlas en el mercado político. En segundo lugar, que el “neoliberalismo” podría haber sido acuñado en agosto de 1938 por un muy destacado grupo de intelectuales liberales en París, entre los cuales se encuentran varios de nuestros héroes.

Por ello, en esta presentación voy a explorar, primero, los posibles orígenes de la palabra, para luego abordar sus diferentes significados al interior del liberalismo y concluir después con una contribución para esclarecer los mecanismos probables por los que se ha producido la corrupción de esta palabra. Debo indicar de antemano la sorpresa con que he comprobado la facilidad con que los liberales concedemos los debates terminológicos en manos de nuestros rivales, pues no sólo hemos perdido la palabra “neoliberal”, materia de la presente exposición, sino antes también la palabra social y hasta el propio liberalismo.

2. El término

Rastrear los orígenes del término “neoliberalismo” no es una tarea que pueda considerarse concluida. De hecho existe bastante confusión al respecto y resulta un tema de la mayor importancia para una investigación futura de largo aliento. Por ello, lo que a continuación se presenta no es más que una breve contribución a que se produzca esta investigación.

Como suele suceder con las palabras que han hecho fortuna, es probable que “neoliberalismo” tenga varios orígenes, distintos.

Un primer origen parece encontrarse en algunos escritos de Von Mises; el segundo sería el que atribuye la autoría del término a la creación colectiva de un coloquio convocado por Walter Lippman; el tercero, el que lo vincula a la llamada economía social de mercado, y el cuarto, a la escuela liberal italiana de las entreguerras. Examinemos brevemente cada uno de ellos:

2.1. Von Mises

Aunque no hace uso explícito del término, Von Mises sí lo evoca en distintas oportunidades pero asistemáticamente, como veremos. En efecto, él habla de *älteren Liberalismus* y de *neuen Liberalismus*, no de “neoliberalismo”. Sin embargo, puede llevar a confusión si revisamos la edición inglesa de *Liberalismus*, pues encontraremos ahí la cita siguiente:

Nowhere is the difference between the reasoning of the older liberalism and that of neoliberalism clearer and easier to demonstrate than in their treatment of the problems of equality¹.

Hasta ahí se podría llegar a la conclusión de que Von Mises introdujo el término, pues *Liberalismus* es un libro de 1927. No obstante, si revisamos la edición alemana original veremos que el término “neoliberalismo” no aparece.

En efecto, la cita original es:

Nirgends ist unterschied, der in der argumentation zwischen dem älteren Liberalismus und dem neuen Liberalismus besteht, karer und leichter aufzuweisen als beim problem der gleichheit².

¹ [“En ninguna parte resulta más clara y fácil de demostrar la diferencia entre el razonamiento del viejo liberalismo y el del neoliberalismo que en el tratamiento de los problemas de la igualdad.” Traducción al castellano de *Estudios Públicos*.] Mises, Ludwig von: *Liberalism*, 1978, p. 27.

² Mises, Ludwig von: *Liberalismus*, 1993, p. 24.

Por cierto que con esto no estamos sugiriendo que haya sido el traductor del texto al inglés, nuestro querido Ralph Raico, quien ha inventado el término, pues en 1962, fecha de la traducción, ya se usaba en algunos círculos académicos, al punto de que, como veremos luego, ya había sido objeto hasta de un coloquio específico para discutir su adopción.

No sólo en *Liberalismus*, que es de 1927, puede rastrearse el origen del término, también en otro libro anterior de Von Mises existe una referencia aún más remota. En efecto, en *Socialismo*, que es de 1922, habla también acerca de la diferencia entre el viejo liberalismo (*älteren Liberalismus*) y el nuevo liberalismo (*neuen Liberalismus*), pero tampoco usa expresamente la palabra “neoliberalismo” para describir a este último.

Así, Von Mises sostiene que “hoy en día los viejos principios liberales se deben someter a una exhaustiva revisión. En los últimos cien años la ciencia se ha transformado, y las bases sociológicas y económicas generales de la doctrina liberal tienen que ser hoy replanteadas. En muchas cuestiones el pensamiento liberal no llegó hasta sus conclusiones lógicas. Hay hilos sueltos que deben unirse. Pero no se puede alterar el modo de actividad política del liberalismo”³.

Posteriormente, en el prefacio a la segunda edición alemana de ese mismo libro, el autor dijo:

El liberalismo antiguo, basado en la economía política clásica, afirmaba que la situación material de todas las clases asalariadas sólo se podía elevar en forma sostenida mediante un aumento del capital, y éste únicamente puede garantizarlo la sociedad capitalista basada en la propiedad privada de los medios de producción. La economía subjetiva moderna ha fortalecido y confirmado los cimientos de esa visión mediante su teoría de los salarios. Aquí el liberalismo moderno concuerda plenamente con la vieja escuela⁴.

Más allá de las confusiones que podrían haberse creado en las traducciones, en mi concepto está claro que, aunque Von Mises no utilizó

³ [Traducción al castellano de *Estudios Públicos*.] “[T]oday the old liberal principles have to be submitted to a thorough reexamination. Science has been completely transformed in the last hundred years, and today the general sociological and economic foundations of the liberal doctrine have to be re-laid. On many questions liberalism did not think logically to the conclusion. There are loose threads to be gathered up. But the mode of political activity of liberalism cannot alter.” Mises, Ludwig von: *Socialism*, 1981, p. 418.

⁴ [Traducción al castellano de *Estudios Públicos*.] “The older liberalism, based on the classical political economy, maintained that the material position of the whole of the wage-earning classes could only be permanently raised by an increase of capital, and this none but capitalistic society based on private ownership of the means of production can guarantee to find. Modern subjective economics has strengthened and confirmed the basis of the view by its theory of wages. Here modern liberalism agrees entire with the older school.” Mises, Ludwig von: “Preface to the Second German Edition” (*Socialism*, 1932), 1981, p. 9.

explícitamente el término, sí habló con frecuencia de un liberalismo viejo y de un liberalismo nuevo. Empero, inclusive en ello fue bastante inexacto.

En la cita de *Liberalismo* resulta del contexto que por *neuen Liberalismus* se refiere a los socialistas que se hacen pasar por liberales, mientras que por *älteren Liberalismus* se refiere a los que llamaríamos liberales clásicos. Teniendo en cuenta que, como dijéramos, el libro es de 1927, este uso es concordante con lo que en textos posteriores Von Mises llamaría pseudoliberales.

En cambio, en las citas de *Socialismo* parece que el autor quiere distinguir entre el viejo y el nuevo liberalismo en función de la teoría subjetiva del valor. En tal sentido, el liberalismo se dividiría en viejo (*älteren*), antes del valor subjetivo, y nuevo (*neuen*), después de él. Con esto, además, daría la impresión de que Von Mises quiere resaltar especialmente la contribución de Menger y Böhm-Bawerk, en lo que después vendría en llamarse escuela austríaca de economía.

Entonces, si bien es posible rastrear el término “neoliberalismo” hasta Von Mises, el sentido que estas alusiones precursoras tuvieron no fue siempre el mismo. En *Liberalismo* se usó para designar a los socialistas encubiertos y otros enemigos de la libertad; en *Socialismo*, para designar al liberalismo después de la teoría subjetiva del valor.

2.2. El coloquio de Walter Lippman

Cuenta Louis Baudin que en agosto de 1938 se reunió en París un grupo de destacados pensadores liberales por iniciativa de Walter Lippman. Eran tiempos con aguas procelosas, cuando Europa se encontraba *ad portas* de la Segunda Guerra Mundial y se vivía una situación de grave amenaza y efectiva conculcación de la libertad en buena parte del viejo continente.

Era propósito del coloquio analizar el estado de la defensa de la libertad y las tácticas y estrategias que deberían llevarse a cabo en tiempos tan difíciles. Refiere el propio Baudin que la discusión fue muy amarga, habiéndose escuchado voces de rechazo al término liberalismo por un supuesto descrédito frente a la opinión pública predominante, así como la necesidad de enfatizar que los defensores de la libertad de entonces no avalaban lo que se consideraban los errores fatales del viejo orden europeo.

Afirma Baudin que en esa discusión se acuñó, primero, y se propuso utilizar a partir de entonces, el término “neoliberal” para significar precisamente nuestra corriente de pensamiento⁵.

⁵ Baudin, Louis: *L'Aube d'un Nouveau Libéralisme*, 1953.

Según el propio Baudin, el “neoliberalismo” se estableció como la palabra clisé que habría de describirnos en función de cuatro principios fundamentales. A saber: el mecanismo de precios libres, el estado de derecho como tarea principal del gobierno, el reconocimiento de que a ese objetivo el gobierno puede sumar otros y la condición de que cualquiera de estas nuevas tareas que el gobierno pueda sumar debe basarse en un proceso de decisión transparente y consentido.

Participaron en el seminario gente de la talla de Rueff, Hayek, Von Mises, Rustow, Röpcke, Detauoff, Condliffe, Polanyi, Lippman y el propio Baudin, entre otros. Como no se tuvo actas ni publicaciones del coloquio, el único testimonio de primera fuente que ha quedado es el citado libro de Baudin, escrito hacia mediados de la década de 1950.

De ser exacta la versión del autor del *Imperio Socialista de los Incas*, pues no hay razón alguna para pensar que no lo es, ésta sería la aparición más remota acreditada del término “neoliberalismo”. Pero además quedaría claro que no es verdad el aserto, comúnmente repetido por muchos en nuestros días, de que ningún liberal que se precie de tal ha reconocido como suyo el término “neoliberal”. Por la versión de Baudin, sería difícil encontrar un grupo que pueda considerarse más liberal, por lo menos en su época, como el que fue convocado por el ilustre periodista norteamericano.

El coloquio de Lippman es además una curiosa paradoja en todo este tema tan complejamente relacionado con giros de lenguaje y figuras retóricas. Que el término “neoliberal” pudiese ser una creación colectiva de un coloquio de intelectuales individualistas puede constituirse en una de las más notables curiosidades de la historia del pensamiento contemporáneo.

2.3. La economía social de mercado

Edgar Nawroth publicó en 1961 un libro que en su época tuvo gran importancia en la defensa y difusión de las ideas de la libertad. Se llamó *Die Sozial-und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus*⁶.

En él presenta triunfalmente como el renacimiento del liberalismo la aparición de un conjunto de escuelas del pensamiento en Alemania. Así, considera como neoliberales a la Escuela de Friburgo (Eucken y Müller-Armack, entre otros) y la de Munich (Erhard y Kruse, entre otros). Destaca también la contribución de Wilhem Röpcke y de Alexander Rustow, así

⁶ Nawroth, Egon Edgar: *Die Sozial-und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus*, 1961.

como la influencia de la revista *Ordo*, que se publicaba con singular éxito por entonces.

Ello motivó que Schuller y Krusselberg, del Centro de Investigación para la Comparación de Sistemas de Dirección Económica, de la Philipps Universität de Marburgo, definan el término “neoliberalismo” como “un concepto global bajo el que se incluyen los programas de la renovación de la mentalidad liberal clásica, cuyas concepciones básicas del orden están marcadas por una inequívoca renuncia a las ideas genéricas del *laissez faire* y por un rechazo total a los sistemas totalitarios. Los esquemas neoliberales del orden económico y social son modelos de estructuración cuyo denominador común central es la exigencia de garantía (constitucional o legal) de la competencia frente a la prepotencia, aunque dan respuestas diferentes al problema de cómo debe resolverse la relación de tensión entre la libertad y la armonía social. Son importantes en este rubro, además de las ideas de la Escuela de Friburgo, las concepciones desarrolladas por Alfred Müller Armack (economía social de mercado), Wilhelm Röpcke y Alexander Rustow. Este tipo de neoliberalismo se distancia clara y expresamente de aquel paleoliberalismo que defendía dogmáticamente la convicción de la armonía inmanente de un sistema de mercado y hacía del *laissez faire* una obligación (...). Se insiste en que el marco del mercado que abarca la auténtica zona de lo humano es infinitamente más importante que el mercado mismo, de ahí la necesidad de un tercer camino entre el paleoliberalismo y el camino del ‘neoliberalismo’”⁷.

En conclusión, para Schuller y Krusselberg, y con ellos buena parte de la opinión del mundo académico alemán contemporáneo, la economía social de mercado era el neoliberalismo. Esta idea, sin embargo, no parece coincidir con la de los creadores de la escuela, pues la evidencia documental demuestra exactamente lo contrario de lo que quiere presentarse comúnmente. Como veremos, para los fundadores de la economía social de mercado el término “neoliberalismo” era aplicable exactamente a quienes no compartían los puntos de vista de su escuela, no a sus seguidores.

Examinemos, por ejemplo, muy someramente el pensamiento de Müller-Armack, que tiene la mayor importancia entre los pensadores tan destacados que dieron origen a esta escuela. De antemano debemos señalar que de la revisión de su obra no podemos inferir que este autor haya acuñado el término “neoliberalismo”. A pesar de utilizar en varias oportunidades la palabra, no hay ningún rastro explícito referido a su creación ni a la semántica que le era atribuida por él.

⁷ Schuller, Alfred y Hans-Gunter Krusselberg: *Conceptos Básicos sobre el Orden Económico*, 1997, p. 97.

Así, por ejemplo, cuando define economía social de mercado, señala textualmente:

(...) El concepto de economía social de mercado se apoya en el convencimiento ganado gracias a las investigaciones de las últimas décadas de que no puede practicarse con éxito una política económica sin haber adoptado decididamente un principio coordinador. Los resultados poco satisfactorios obtenidos por los sistemas intervencionistas de carácter híbrido condujeron a la teoría de los sistemas económicos desarrollada por Walter Eucken, Franz Böhm, Friderich Hayek, Wilhelm Röpcke y Alexander Rustow, entre otros, a la conclusión de que el principio de libre competencia como indispensable medio organizador de colectividades sólo se mostraba eficaz cuando se desenvolvía dentro de un orden claro y preciso, garantizando la competencia. En esta idea, reforzada aún más por las experiencias de economía bélica en la segunda guerra mundial, se basa la ideología de la economía social de mercado. Los representantes de esta escuela comparten con los del neoliberalismo el convencimiento de que la antigua economía liberal había comprendido correctamente el significado temporal de la competencia, pero sin haber prestado la debida atención a los problemas sociales y sociológicos. Al contrario de lo que pretendía el antiguo liberalismo, la economía social de mercado no persigue el restablecimiento de un sistema de *laissez faire*; su meta es un sistema de nuevo cuño⁸.

Como puede verse del párrafo citado, aunque Müller-Armack usa el término “neoliberalismo”, no lo hace para calificar a la economía social de mercado como tal, sino, por el contrario, para distinguirla de otras corrientes liberales, sin precisar exactamente cuáles. De ahí que sea difícil sostener que, al menos Müller-Armack, padre de la economía social de mercado, hubiese considerado a ésta como una corriente “neoliberal”. Antes bien, creo que es claro que él consideraba como tales a los liberales contemporáneos suyos, posteriores a la teoría subjetiva del valor.

Por cierto, no es éste el lugar ni la oportunidad para abordar a cabalidad las múltiples contribuciones de estos destacados autores ni tampoco para estudiar sus errores. Para nuestro propósito es importante, sí, advertir que en esta escuela algunos han creído ver un segundo origen del término liberalismo. De lo que no cabe duda es de que, lo hayan inventado o no, lo usaron deliberadamente para distinguir una escuela liberal de otra. Sea por auténtica convicción o por pura estrategia de mercadeo, contribuyeron así decididamente a introducir el término y a impulsar su primera difusión.

⁸ Müller-Armack, Alfred: *Economía Dirigida y Economía de Mercado* [1947], 1963, p. 226.

Por eso, ya en 1963, Trías Fargas, al escribir el prólogo a la edición española del citado libro de Müller-Armack, sostiene que “La economía social de mercado quiere ser algo más amplio y práctico que la teoría neoliberal, con la que por otra parte coincide en los puntos principales. Es más, la segunda suministra a la primera el espinazo teórico que le confiere carácter a la secuencia de ideas que, arrancando del paleoliberalismo, ha llegado al neoliberalismo para desembocar en la economía social de mercado como programa político”⁹.

Podría decirse, entonces, que ya por ese año el término estaba difundido en el sentido de identificar como tales a las corrientes liberales posteriores a la llamada revolución marginalista. Adicionalmente debe decirse que la utilización del término no era peyorativa, como ha devenido en tiempos recientes, sino que daba la impresión de que se usaba a la par tanto para marcar una diferencia como para describir un parentesco entre familias pertenecientes finalmente a un mismo tronco común de pensamiento.

2.4. Escuela italiana

Además de los textos precursores de Von Mises, de la paradójica creación colectiva de un grupo de individualistas reunidos por Lippman y de la metódica acción de la escuela de la economía social de mercado, existe un cuarto origen probable del término, que Kurt Leube cree encontrar en el movimiento intelectual ocurrido en el norte de Italia durante el período de las entreguerras.

Señaladamente está el caso de Antoni y Einaudi, quienes muy al estilo de los alemanes de su época trataban de darles a las ideas liberales un impulso decidido en medio de la trágica experiencia autoritaria que les tocó vivir.

Al parecer ellos usaron muy fluidamente el término desde finales de los años cuarenta en adelante. Lamentablemente no hay mayores pruebas de ello que el testimonio de algunos amigos que los oyeron. Sin embargo, mientras que entre los alemanes el término era utilizado un poco en el sentido de Müller-Armack, como el liberalismo postsubjetivismo, entre los italianos podría haber sido utilizado para designarse a ellos mismos como los nuevos liberales.

Da la impresión de que en este caso la necesidad de desmarcarse del tradicional anticlericalismo del liberalismo clásico en el continente europeo

⁹ Trías Fargas, Ramón: “Prólogo” a la primera edición española de *Economía Dirigida y Economía de Mercado*, de Alfred Müller-Armack, 1963, pp 29-30.

hubiera sido un aliciente muy importante para la adopción del término. Esto podría haber sido igualmente importante para otros grupos de liberales católicos en otros lugares del mundo. De hecho algunos españoles lo adoptaron rápidamente, como vimos en el caso de Trías Fargas.

Se hace difícil aventurarlo, pero creo que es posible sostener que la rápida difusión del término en Latinoamérica podría provenir precisamente del hecho de que en nuestra historia las relaciones del liberalismo en general con la Iglesia estuvieron marcadas siempre por el conflicto y la agresividad.

Con algunas excepciones, los liberales del siglo XIX en nuestro continente estuvieron fuertemente influenciados por el anticlericalismo continental europeo. Desde las guerras de independencia, en que la influencia de las logias masónicas fue esencial para el rompimiento de las elites con España, hasta el establecimiento de las repúblicas independientes, esta relación conflictiva estuvo presente.

3. Los conceptos

Hasta aquí el “neoliberalismo” ha evocado cinco conceptos: el liberalismo después de la teoría subjetiva del valor, el pseudoliberalismo o socialismo encubierto, una nueva escuela liberal, el liberalismo despojado de anticlericalismo y una estrategia de mercadeo político. Examinemos sucintamente cada uno de ellos.

3.1. El “neoliberalismo” como liberalismo después de la teoría del valor

Hemos visto ya cómo Von Mises utilizó el término en este sentido, aunque también en otro perfectamente antagónico. En este caso podría argumentarse sin mayores dificultades que el concepto así utilizado corresponde con un hecho real de la mayor importancia histórica y científica, pues el liberalismo experimenta a partir del subjetivismo una transformación bastante importante que cristaliza en la llamada revolución marginalista.

En ese sentido, el “neoliberalismo” sería una etapa en el desarrollo del liberalismo como doctrina, carente de todo sentido peyorativo y antes bien tratando de destacar algunas contribuciones importantes en el mundo de las ideas.

Aunque como todo neologismo su uso es discrecional y hasta caprichoso al criterio de los autores, daría la impresión de que éste es el sentido

en que predominantemente se entiende el término en los círculos académicos y universitarios.

3.2. El “neoliberalismo” como pseudoliberalismo

El propio Von Mises introduce otra acepción del término, como hemos visto en la sección precedente. En este caso ya no se trata de una etapa en el desarrollo del concepto de liberalismo, sino de una perversión del mismo.

Al menos en el 22, Von Mises pensaba que existía un liberalismo nuevo a partir de las contribuciones de sus maestros austríacos a la teoría económica, pero en el 27 ya parece totalmente preocupado porque el nuevo liberalismo fuese en realidad un caballo de Troya socialista.

A partir de entonces ésa parece haber sido la acepción predominante en el pensamiento misiano, pues en “Economic Freedom in the Present-Day World” —un texto de 1957— dice que:

El liberalismo alemán de *Ordo* sólo se diferencia de la política social de la escuela de Schmoller y Wagner en algunos detalles. Después de los episodios del radicalismo de Weimar y del nacional-socialismo, es un regreso, en principio, al Estado de bienestar de Bismarck y Posadovsky¹⁰.

Luego, habida cuenta de las fechas transcurridas entre la utilización del concepto “neoliberal” para denotar una suerte de fase superior en el desarrollo del liberalismo y la utilización ulterior del mismo para denunciar a los infiltrados en el liberalismo, la literatura misiana parece haber sufrido en el tiempo una evolución significativa. No obstante ello, la no utilización explícita del término y sus referencias asistemáticas a los conceptos opuestos de viejo-nuevo no permitieron una influencia decidida de las ideas de Mises sobre el particular.

Resta, sin embargo, una consideración adicional. Si Mises parece haber optado finalmente por denunciar las desviaciones conceptuales de los nuevos liberales, ¿cómo ha sido posible que el término “neoliberal” haya llegado a ser utilizado para asimilar a los que no lo son con quienes lo son y de esta forma incurrir en una desgraciada confusión? ¿De qué forma se produjo esta perversión del lenguaje?

¹⁰ [Traducción al castellano de *Estudios Públicos*.] “The german ordo-liberalism is different only in details from sozialpolitik of Schmoller and Wagner school. After the episodes of Weimar radicalism and Nazisocialism, it is a return in principle to the wohlfahrtstaat of Bismarck and Posadovsky.” Mises, Ludwig von: “Economic Freedom in the Present-Day World” [1957], 1990, p. 240.

Tales preguntas en realidad deberían llevarnos a una más general. Los liberales parecemos no tener suerte con nuestros términos. Con alguna frecuencia, para los tiempos históricos, nos los roban. Ya pasó inclusive con la palabra liberalismo, que en muchos lugares significa exactamente lo contrario de lo que es. ¿Cómo no habría de pasarnos con el “neoliberalismo”, mediante el cual se nos quiere desacreditar atribuyéndonos ideas que no profesamos, políticas que no recomendamos y gobiernos a los que no pertenecemos?

3.3. El “neoliberalismo” como una nueva escuela liberal

Aunque podría asimilarse perfectamente con la acepción que define al liberalismo como aquello posterior a la teoría subjetiva del valor, y aun con la idea de un liberalismo despojado de tendencias anticlericales que veremos a continuación, ésta es, en mi opinión, una acepción autónoma.

La encuentro más bien ligada con la llamada economía social de mercado que, como vimos, habría contribuido a la formación del término y, a no dudarlo, tuvo gran responsabilidad en su amplia difusión.

Está claro que quienes se inscriben en esa tendencia quieren ser distinguidos de otras corrientes liberales. No vamos a disputar en esta oportunidad si eran o no liberales ellos mismos. Al parecer, creían que lo eran. Puede haber diferentes razones para enfatizar esa distinción. Habrá quienes piensen en la necesidad de cambiar el término como una estrategia de mercadeo político con el fin de tener una mejor inserción en una sociedad que, como la alemana de postguerra, carecía de una idea clara de lo que era el liberalismo y venía del fracaso consecutivo de Weimar y del nazismo. Pero también habrá quienes sinceramente piensen que la economía social de mercado es una cosa completamente distinta del liberalismo clásico y que, por ende, la separación resulta imperativa.

De hecho, no sólo entre los partidarios de esta escuela cabía esta diferencia. En algún momento, el propio Von Mises trató también de enfatizarla, además con el particular enojo que lo caracteriza y la facilidad por el escarnio que le da brillo a su pluma.

La médula de la cuestión, sin embargo, está en que para quienes profesan la economía social de mercado los “neoliberales” son los otros, no ellos. Esa idea de exclusión les ha servido claramente para mantener la cohesión en torno a sus doctrinas y planes políticos. Si los “neoliberales” son los otros liberales, existe una gran comodidad semántica para organizar un discurso político, porque en base a la sugerencia de exclusión, de

ellos-nosotros, puede también sugerirse implícitamente que nosotros somos los correctos y ellos no, o que nosotros somos los buenos y ellos no.

Entonces, mientras Von Mises entendió a los nuevos liberales como los posteriores al subjetivismo o como los pseudoliberales, la economía social de mercado ha definido a los “neoliberales” como aquellos que le son distintos. No es una acepción positiva, sino negativa del término.

Puede haber, pues, en esta definición negativa, una fuente para la utilización contemporánea de la palabra en sentido peyorativo.

3.4. El “neoliberalismo” como liberalismo despojado de anticlericalismo

Mientras el liberalismo anglosajón no tuvo mayor rivalidad con la religión —antes bien, en algunos casos estuvo fuertemente ligado a ella—, el liberalismo continental europeo fue generalmente enemigo de ella, especialmente de la Iglesia católica.

En España, Francia, Italia y Alemania, hablar de liberalismo, durante el siglo XIX, era evocar un materialismo racionalista totalmente incompatible con el catolicismo y claramente enfrentado con el poder temporal de esa Iglesia.

Mutatis mutandi, tal conflicto se traslada a América Latina, donde en el siglo XIX tenía predominantemente ese carácter anticlerical propio del liberalismo continental y no del anglosajón.

La influencia de la Ilustración y de la Revolución Francesa ayudó a que el desarrollo de las ideas liberales viera como perteneciente al viejo régimen todo vestigio de religiosidad, enfrentándose consiguientemente los liberales con los creyentes. De alguna manera esto marcó el siglo XIX latinoamericano, pues no se exagera si se dice que esa centuria estuvo caracterizada por la guerra civil entre liberales y conservadores.

En países de tradición católica, entonces, el liberalismo ha sido frecuentemente asimilado con posiciones anticlericales. En este contexto, el renacimiento liberal en tales países, a efectos de convocar mayor atención pública y suscitar resistencias menores por parte del clero y los creyentes, habría visto con simpatía la introducción de un término que, como “neoliberalismo”, permitía a quienes lo usaban distinguirse claramente del profundo anticlericalismo de los liberales clásicos.

Así, en Alemania, los católicos que se agruparon en el Zentrum durante las entreguerras y que posteriormente dieron origen a los partidos cristiano-demócratas, así como sus congéneres democratacristianos italianos, pudieron haber visto en algún momento con simpatía la utilización del

neologismo para marcar una distancia con la rivalidad histórica del liberalismo con sus particulares creencias religiosas.

Ello le permitió a la Iglesia católica superar conflictos que, en tiempos de Pío IX, hicieron que se calificara al liberalismo como algo poco menos que diabólico.

3.5 . El “neoliberalismo” como estrategia de mercadeo político del liberalismo

La noticia acerca del coloquio Lippman nos sugiere poderosamente que el término en cuestión también podría haber sido adoptado con estrictos propósitos de estrategia y táctica políticas.

Generalmente la preocupación de los liberales ha sido por el debate puramente académico, en el que las consideraciones de este tipo son francamente impertinentes. Pero cuando se ha tratado de la acción política, los liberales se han visto en la necesidad de discutir la terminología a utilizar con el propósito de que resulte compatible con la consecución de determinados objetivos establecidos.

Luego, resulta perfectamente lógico que, habida cuenta de la información ofrecida por Baudin acerca de la importante reunión de liberales del 38, se considere la posibilidad de que el término hubiese sido elaborado con la idea de reemplazar a aquel otro, viejo, de liberalismo, y ofrecer así una serie de ventajas en materia de comunicación social, sin tener que asumir el activo y el pasivo de la vieja doctrina.

Salvando las distancias, recuerdo que una cosa semejante me ocurrió con Hernando de Soto hace ya más de quince años. Recién habíamos terminado *El Otro Sendero*, cuando me pidió que eliminara completamente del texto la palabra liberal —que por supuesto estaba por todas partes— y que la reemplazara por la palabra popular. Así, la economía liberal vino a convertirse en la economía popular; la sociedad liberal, en la sociedad popular; la filosofía liberal, en la popular. Su explicación fue que en esos momentos no era compatible con el buen mercadeo apelar al término, ya que podría generar innecesariamente resistencias. Aunque no estuve de acuerdo, recuerdo que De Soto, que se presume de gran vendedor, terminó imponiéndose.

Sea lo que de ello fuere, la evidencia documental sugiere poderosamente la posibilidad de que algunos liberales de gran importancia hubieran pensado que “neoliberalismo” podría haber sido un término idóneo para el debate político de sus tiempos. De hecho más idóneo que los utilizados por entonces.

Lo curioso de esta estrategia es que terminó convirtiéndose, con el pasar de los años, en una eficaz fórmula de mercadeo contra la idea de la libertad.

4. La trampa retórica

Hemos visto los orígenes probables del término y los sentidos que se le han dado a través del tiempo dentro de lo que podríamos denominar el liberalismo contemporáneo.

Sin embargo, su uso más notable y perverso en nuestros tiempos no ocurre al interior del liberalismo, sino fuera de él. La prensa, los políticos y los rivales del liberalismo son los que de preferencia lo utilizan, pero en sentido por lo general distinto de los anteriormente mencionados.

En efecto, el “neoliberalismo” es utilizado para caracterizar cualquier propuesta, política o gobierno que, alejándose del socialismo más convencional, propenda al equilibrio presupuestal, combata la inflación, privatice empresas estatales y, en general, reduzca la intervención estatal en la economía.

Así, por ejemplo, en América Latina se presenta como “neoliberales” a gobiernos tan disímiles como fueron los de Carlos Salinas de Gortari en México, Carlos Andrés Pérez en Venezuela, Alberto Fujimori en el Perú, Fernando Henrique Cardoso en el Brasil o Carlos Saúl Menem en la Argentina. Una cosa semejante ocurre en África, Asia y Europa del Este.

Independientemente del juicio que pueda merecernos cada política en particular y de la evaluación que merezca cada gobierno en cuestión, está muy claro que el liberalismo es algo mucho más complejo que la adopción de medidas gubernativas en particular, máxime si son incompletas y contradictorias. Aisladamente un gobierno socialista puede tomar medidas liberales y un gobierno liberal puede tomar medidas socialistas. Ejemplos hay muchos en la historia. Desde los laboristas neozelandeses hasta los conservadores británicos. Pero no transforma a los socialistas en liberales, ni viceversa; máxime si la caracterización en el ámbito político no tiene el rigor ni la seriedad del debate intelectual.

En Latinoamérica, si bien durante los años noventa se regresó a la austeridad fiscal de los cincuenta, esto no puede considerarse inherente y exclusivo del liberalismo económico. Si bien se privatizó, se hizo con monopolios legales, soslayando por completo la importancia de la competencia en el desarrollo de los mercados. Si bien se permitió la inversión extranjera, se hizo como en la China comunista, a la que ningún alucinado podría tildar de liberal o neoliberal. En general, aunque se daba la impre-

sión de que se reducía la intervención estatal, el gasto público como fracción del producto interno se mantenía igual o inclusive aumentaba. Es el caso del Perú, mi país, donde hoy el tamaño del Estado es mayor que cuando empezaron las mal llamadas reformas “neoliberales”. Paradójicamente, el viejo capitalismo mercantilista fue presentado como si fuera un inexistente “neoliberalismo” por los enemigos de la libertad¹¹.

¿Cómo se llegó a esta situación? ¿Tuvimos los liberales alguna responsabilidad en ella? ¿Fue producto histórico del azar o consecuencia de alguna táctica deliberada? ¿Cómo ha sido posible que el “neoliberalismo”, que fue entendido por los liberales como un desarrollo de su pensamiento o como una nueva escuela del mismo, haya pasado a convertirse en el habla cotidiana en un término para asimilar a las ideas de la libertad algunos de sus más impresentables enemigos?

Es verdad que la autocrítica ha faltado entre los liberales, porque en algunos casos han sido ellos mismos los que se han involucrado innecesariamente con experiencias lamentables. Llevados tal vez por la soledad política, los liberales en algunas oportunidades han respaldado al primer gobierno que creyeron que coincidía con sus puntos de vista, sin advertir que la coincidencia era aparente y que generalmente es mejor dejarse aconsejar por el paso del tiempo antes que prestar atención a la primera aventura política que nos toque la puerta.

A no dudarlo, el proceso ha sido complejo y parte de una perversión del lenguaje sobre la que es necesario reflexionar. Muchas veces los liberales han despreciado los debates terminológicos para atenerse prioritariamente a los hechos. Esta actitud ciertamente les ha permitido hacer contribuciones notables al desarrollo de la ciencia económica, pero también los ha hecho víctimas de numerosas estrategias.

Hayek advirtió, por ello, contra la perversión del lenguaje y denunció la existencia de lo que él llamaba palabras-comadreja. Inspirado en un viejo mito nórdico que le atribuye a la comadreja la capacidad de succionar el contenido de un huevo sin quebrar su cáscara, Hayek sostuvo que existían palabras capaces de succionar a otras por completo su significado.

Él denunció, entre otras, a la palabra social. Así explicó que esta palabra agregada a otra la convertía en su contrario. Por ejemplo, la justicia social no es justicia; la democracia social, no es democracia; el constitucionalismo social, no es constitucionalismo; el Estado social de derecho, no es Estado de derecho, etc. En el Perú se llegó, por ejemplo en tiempos del general Velasco Alvarado, a plantear una singular innovación en las cien-

¹¹ Vargas Llosa, Álvaro: “Latin American Liberalism: A Mirage?”, 2002, pp. 325-343.

cias jurídicas mediante la creación de la así llamada propiedad social, que —por supuesto— no era propiedad alguna.

Mutatis mutandi, el “neoliberalismo” parece pertenecer a ese género de las palabras-comadreja. Sólo que en una función diferente. Mientras que la palabra social le da sentido contrario a la que se le agrega, la palabra “neoliberal” identifica con esta doctrina a quienes no pertenecen a ella. Una invierte los sentidos, la otra asimila a los distintos.

En realidad la contribución de Hayek sobre este tema merece un desarrollo ulterior que, en mi concepto, no ha tenido. Cuando denunció la existencia de una perversión del lenguaje según la cual unas palabras (las comadreas) eran capaces de alterar el significado de otras, estaba en realidad sugiriendo explorar un tema de capital importancia: la función de las palabras en el debate ideológico.

El estudio de las figuras del lenguaje o tropos generalmente se ha dejado a la retórica. Si la filosofía se ha fijado en ellos es sólo en los fatigosos catálogos de falacias con que los lógicos ilustran su quehacer. No obstante, Hayek, al proponer el concepto de palabra-comadreja, en realidad lo que hizo fue explorar la función de los tropos en el debate ideológico e invitarnos a dar un paso adelante y entender que las ideas no sólo deben explicarse o refutarse a partir de su “logicidad” sino también por su función retórica.

Lo que sucede es que los liberales han confundido, a pesar de la sugestión de Hayek, los planos del discurso. Una cosa es el discurso científico gobernado por la lógica, por el principio de no contradicción y por sus reglas propias. Otra cosa completamente distinta es el discurso ideológico, donde las reglas son las de la retórica y donde, por ende, hay que atenerse a principios distintos. Pretender incursionar en el debate ideológico con instrumentos propios del discurso científico ha concedido ventajas incontables a nuestros enemigos, que se han servido con diligencia de los viejos principios retóricos, conocidos a la perfección en el pensamiento occidental desde los griegos, pero lamentablemente olvidados por los defensores de las ideas de la libertad.

La función retórica tiene por propósito la utilización de recursos lingüísticos dirigidos, precisamente, a alterar la comunicación de como simplemente hubiese ocurrido. Puede mejorar la expresión, agudizar la elocuencia, aclarar las ideas, pero puede también confundirlas, pervertir los conceptos y alterar el sentido del debate¹². No obstante, su uso es perfectamente legítimo en el debate ideológico. Diría inclusive que consustancial a él.

¹² Grupo p.: *Retórica General*, 1992.

No podemos, pues, quejarnos porque se utilicen figuras retóricas en el debate ideológico. Lo absurdo sería que no se utilizarasen. Lo que tenemos que hacer es prestarles atención. Estudiarlas y recurrir al vasto conocimiento acumulado que se tiene de esa metodología de comunicación.

Entonces, es posible pensar en el estudio de las palabras-comadreja —el “neoliberalismo” es una de ellas— como una rama de la retórica en el debate ideológico y recurrir a sus métodos de estudio para tratar de esclarecer el proceso por el cual al término se le ha dado un sentido adverso al que aparentemente debería haber tenido.

El desprecio por el debate terminológico ha tenido en el pasado un alto costo, pues nuestros enemigos se dedicaron a pervertir nuestros términos sin mayor resistencia de nuestra parte. Pasó con la propia palabra liberal, que terminó teniendo en el mundo anglosajón un sentido opuesto al de su tradición histórica. Nos pasa ahora en Latinoamérica y en otros países subdesarrollados con el término “neoliberal”, por el que se busca asemejar a nuestras propuestas aventuras políticas desgraciadas, propuestas absurdas, corrupción extendida o la pura frivolidad.

La retórica puede servirnos para encontrar algunos elementos de juicio útiles para profundizar en este debate. En el caso de la palabra social, lo que parece haber sucedido es que se produce una antífrasis, que es una figura del lenguaje o tropo que invierte el sentido de la palabra a la que se agrega, sólo que en este caso la sustracción del sentido está desprovista de la ironía que comúnmente los textos de lingüística le atribuyen a la figura aludida¹³.

La asimilación con la antífrasis, empero, podría producirse por completo si aceptáramos que finalmente no puede haber más que sentido del humor en llamarle justicia social a lo que no es justicia o democracia social a lo que no es democracia. Quienes suelen utilizar ordinariamente los términos parecen bastante solemnes cuando lo hacen y lucen desprovistos de todo sentido del humor, pero creo que sería perfectamente aceptable plantear que el uso de la palabra social puede ser, retóricamente, una tomadura de pelo a oyentes inadvertidos.

En el caso del “neoliberalismo” me atrevería a sostener que hay una sinécdoque. Éste es un tropo consistente en extender o restringir el significado de una palabra tomando la parte por el todo, o al todo por la parte, o la materia con que está hecha la cosa con la cosa misma¹⁴.

Son ejemplos clásicos en retórica hablar de vela en lugar de barco (parte por todo); mortales por hombres (todo por parte); o acero por espada (materia por cosa).

¹³ Grupo μ.: *Retórica General*, 1992, p. 223.

¹⁴ Lausberg, Heinrich: *Manual de Retórica Literaria*, 1991, pp. 76-80.

En el caso del “neoliberalismo” sucede que se quiere asimilar el liberalismo a algunas políticas o ideas en particular que aisladamente podrían ser compatibles con él, pero también a cualquier otra cosa, sugiriendo una identidad inexistente. Se trataría entonces de lo que en teoría se denomina una sinécdoque particularizante: se quiere presentar partes del liberalismo como si fuera el todo.

Desde el punto de vista lógico, a estas figuras retóricas se las considera falacias. Pero sucede que en el debate político la verdad no resulta de un razonamiento lógico, en el sentido de una inferencia deductiva, sino de un procedimiento dialéctico, en el sentido socrático del término. La verdad política no es, pues, deductiva ni lógica, sino expositiva y retórica. Tiene la razón quien mejor la expone. Así, Lausberg considera que todo tropo “es un cambio en la significación, pero un cambio *cum virtute*, por tanto, no es ya un *vitium de impropietas*”¹⁵.

Este uso sinécdoquico del término “neoliberalismo” es el que se encuentra implícito en el lenguaje corriente y produce la perversión en el lenguaje que se me ha encargado analizar. A través de él nos han arrebatado el concepto inspirado en algún extremo por Von Mises, desarrollado colectivamente por un paradójico conciliábulo de individualistas, adornado por los severos creadores de la economía social de mercado y sabe Dios difundido consciente o inconscientemente por cuántos de nosotros aquí presentes.

Propongo, pues, inspirado en la retórica clásica, una nueva disciplina: la comadrejología, consistente en estudiar cómo las figuras del lenguaje o tropos son utilizadas en el debate ideológico para alterar el significado de las palabras con propósitos deliberados.

5. Conclusión

El sentido predominante que se le atribuye al término “neoliberalismo” es consecuencia de que los enemigos de la libertad han utilizado esa palabra como una sinécdoque, como anteriormente otros hicieron con la palabra social, a la que convirtieron en una antífrasis. Y otros, antes aún, con la palabra liberal, a la que le pasó lo mismo.

De esta manera, a través de la retórica y sus mecanismos, los liberales perdemos en el debate político lo que ganamos en el campo de las contribuciones científicas. Probablemente son muy pocas las doctrinas que, como el liberalismo, hayan perdido tantos términos a manos de sus enemigos en el debate político.

¹⁵ Lausberg, Heinrich: *Manual de Retórica Literaria*, 1991, p. 58.

Debemos por ello empezar a estudiar este campo, a fin de librar también ahí una batalla más entre las muchas que la vigilancia permanente de la libertad nos exige.

En la precursora sugerencia de las palabras-comadreja, Hayek estaba en realidad invitándonos a ir más allá y explorar este terreno ignorado y, tal vez, menospreciado.

Muchas veces creemos que para triunfar en la lucha por la libertad basta con la abrumadora evidencia de los hechos. No obstante, ellos son insuficientes para causar la convicción necesaria en el debate ideológico. Como decía Von Mises: “los hechos *per se* no pueden demostrar ni refutar algo. Son las interpretaciones y explicaciones de los hechos, las ideas y las teorías, las que lo dicen todo”¹⁶.

Despojar al liberalismo de una cierta arrogancia intelectual resulta así imprescindible. Con ejemplos como lo sucedido con el término “neoliberalismo” debería bastarnos para entenderlo, porque “las palabras son señas para las ideas, pero no ideas”, como quería Spencer¹⁷. Perder nuestros términos por una mayor habilidad de nuestros oponentes se presenta como un error muy lamentable que amenaza periódicamente nuestra identidad.

Ser liberal no significa lo mismo en todos los países. Algunos de nuestros conceptos más preciados, como justicia, Estado de derecho o propiedad han sido tergiversados por adjetivos semánticamente predatorios. Y, en el colmo de la paradoja, quieren nuestros enemigos asociarnos con ideas, políticas o gobiernos que nos resultan ajenos. Todo ello es de por sí un precio muy alto a pagar por no haber advertido la importancia de este debate y el daño que pueden causar las palabras cuando son retóricamente manejadas. *Figura est vitium cum ratione factum*¹⁸.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baudin, Louis: *L'Aube d'un Nouveau Libéralisme*. París: Genin, 1953.
 Grupo µ: *Retórica General* [1982]. Buenos Aires: Paidós Comunicación, 1992.
 Lausberg, Heinrich: *Manual de Retórica Literaria*. Madrid: Gredos, 1991.
 Mises, Ludwig von: *Liberalism*. Kansas City: Sheed Andrews and Mc Mee, Inc., 1978.

¹⁶ [Traducción al castellano de *Estudios Públicos*.] “[F]acts *per se* can neither prove nor refute anything. Everything is decided by the interpretation and explanation of the facts, by the ideas and theories.” Mises, Ludwig von: *Socialism*, 1981, p. 459.

¹⁷ [Traducción al castellano de *Estudios Públicos*.] “[W]ords are signals for ideas, not ideas.” Spencer, Herbert: *The Man Versus the State*, 1950.

¹⁸ Veronese, Guarino: “Regulae”, en W. Keith Percival, “La Gramática y la Retórica en el Renacimiento”, 1999, p. 374.

- Mises, Ludwig von: *Socialism*. Indiannapolis: Liberty Classics, 1981.
- Mises, Ludwig von: "Preface to the Second German Edition" [1932]. En Ludwig von Mises, *Socialism*: Indiannapolis: Liberty Classics, 1981.
- Mises, Ludwig von: "Economic Freedom in the Present-Day World" [1957]. En Ludwig von Mises, *Economic Freedom and Interventionism*. Editado por Bettina Greaves. Irvington: Foundation For Economic Education, 1990.
- Mises, Ludwig von: *Liberalismus* [1927]. Academia Verlag Sankt Augustin, 1993.
- Müller-Armack, Alfred: *Economía Dirigida y Economía de Mercado* [1947]. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1963.
- Nawroth, Egon Edgar: *Die Sozial-und Wirtschaftsphilosophie des Neoliberalismus*. Heilderberg: Kerle, 1961.
- Schuller, Alfred y Hans Gunter Krusselberg: *Conceptos Básicos sobre el Orden Económico*. Barcelona: Ediciones Folio S. A. 1997.
- Spencer, Herbert: *The Man Versus the State*. Londres: Watts, 1950.
- Trías Fargas, Ramón: "Prólogo" a la primera edición española. En Alfred Müller-Armack, *Economía Dirigida y Economía de Mercado*. Madrid: Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1963.
- Vargas Llosa, Álvaro: "Latin American Liberalism. A Mirage?" En *The Independent Review*, Vol. VI, N° 3 (invierno 2002), California.
- Veronese, Guarino. "Regulae". En W. Keith Percival, "La Gramática y la Retórica en el Renacimiento". En James J. Murphy (ed.), *La Elocuencia en el Renacimiento*. Madrid: Visor Libros, 1999. □

LA IGLESIA (CATÓLICA) Y EL DESAFÍO LIBERAL

Fernando Moreno

En este ensayo se plantea que para entender debidamente la crítica (y a veces el ataque) contemporáneo del liberalismo a la Iglesia (Católica), en su “personal” y su magisterio, se debe partir de lo que la Iglesia misma afirma en materias morales, sociales, políticas y costumbres. En consecuencia, se propone apreciar desde ahí la crítica y aun la denuncia que la Iglesia ha venido haciendo del liberalismo en sus diversos planos (cognitivo, moral, político y económico). Sólo a partir de ahí, señala el autor, se entiende la agresividad anti-ecclesial del liberalismo actual. Agresividad que puede invocar, al mismo tiempo, una cierta “fidelidad” o pertenencia a la misma Iglesia.

Desde Locke, Adam Smith o Benjamin Constant, el liberalismo no ha dejado de realizarse progresivamente a lo largo del tiempo histórico. Se ha ido de una cierta idea de la libertad, y de una acción consecuente en los ámbitos sociopolíticos y económicos, a una concepción (más o menos explícita) y a una “praxis” que implican, al menos de hecho, ya no (o no sólo) una reinterpretación de la libertad en su noción y sus exigencias

FERNANDO MORENO VALENCIA. Doctor en Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Católica de Lovaina. Decano de Ciencias Sociales, Universidad Gabriela Mistral. Miembro Ordinario de la Pontificia Academia de Santo Tomás de Aquino (Roma).

concretas, sino pura y simplemente una suplantación libertina de éstas. No es independiente de esta dinámica, propiamente ideológica¹, la pretensión de algunos de incluir a Rousseau en la “familia” liberal. O aun la de hacer de Marx mismo un liberal².

Sea lo que fuere, es ante una tal “profundización” que va a reaccionar la Iglesia (Católica) en su Magisterio ya en el siglo XIX, con Gregorio XVI, Pío IX y, sobre todo, con León XIII; luego con Pío XI (en particular) en el siglo siguiente³. En todo caso, en tiempos de la ideología modernista⁴, que corresponde a uno de los mayores atentados a la fe de la Iglesia llevado a cabo hasta entonces por el liberalismo de la razón, operando, en cierto modo, desde dentro de la misma Iglesia⁵, el Magisterio leonino no podía limitarse a criticar y a denunciar el liberalismo político y económico. Y es que, para la Iglesia, lo que está en cuestión concierne al núcleo fundamental del Mensaje revelado, del que es depositaria y pregonera. En efecto, si, como dice San Pablo, “es para libertad que hemos sido liberados” (*Carta a los Gálatas* V, 1), “la idea de libertad aparece como el sello que caracteriza a la fe cristiana en Dios”⁶.

Así, tanto la coyuntura histórica engendrada por el “modernismo”, como el resguardo eclesial de *Depositum fidei*, centrado en la justa, natural y sobrenatural concepción de la libertad⁷, provocan el profundo y completo análisis crítico que León XIII realiza en su encíclica de 1888: *Libertas Praestantissimum*. Refiere, propiamente, el pontífice a un liberalismo de primer grado: el *naturalismo* o *racionalismo*. Éste se caracteriza por hacer de la razón humana (soberana) el “sumo principio, fuente exclusiva y juez único de la verdad”. Pero si el juicio sobre la verdad y el bien queda exclusivamente en manos de la razón humana abandonada a sí sola, desaparece toda diferencia objetiva entre el bien y el mal; el vicio y la virtud

¹ Concebimos la ideología, con Marx (por una vez...), como un discurso mentiroso, que oculta para justificar impropriamente. Véase Moreno, Fernando: *Utopía, Ideología y Totalitarismo*, 1989.

² Lo cual no es del todo falso, si se considera el liberalismo de la razón. Véase infra.

³ Véase de Gregorio XVI, la encíclica *Mirari Vos* (1832), y de Pío IX, el *Syllabus* (1864).

⁴ Y última herejía explícitamente condenada como tal por la Iglesia; véase la encíclica *Pascendi Dominici Gregis* (1907), de Pío X. Para un completo análisis de esta cuestión y del liberalismo gnoseológico allí implicado, véase Tresmontant, Claude: *La Crise Moderniste*, 1979.

⁵ Y cuya principal semilla y antecedente se encuentra ya en Lutero. Véase Lutero, Martín: *Obras de Martín Lutero* (“A la nobleza de la nación alemana”), Vol. I, pp. 71-135.

⁶ Ratzinger, Joseph: *La Foi Chrétienne Hier et Aujourd’Hui*, 1985, p. 95.

⁷ Y de la verdad y el amor que le están indisolublemente ligados. “La verdad hace libres” (*San Juan*, 8, 32); “Ama y haz lo que quieras” dice San Agustín, proyectando hacia la libertad la plenitud del Bien que “resume toda la ley y los profetas” (*Mateo*, 22, 36-40) en el amor a Dios y al prójimo.

no se distinguen ya en el orden de la realidad, sino en el juicio subjetivo de cada individuo; será lícito cuanto agrade, y establecida una moral impotente para refrenar y calmar las pasiones desordenadas del alma, quedará espontáneamente abierta la puerta a toda clase de corrupciones”⁸.

Un tal relativismo (cognitivo y moral), con el voluntarismo que supone, penetra la cultura, así como la vida social y política de los pueblos, en contradicción con las exigencias naturales y sobrenaturales que *causan* (o al menos condicionan) su bien personal y común.

El liberalismo de la razón y su complemento ético (incluso político) atentan contra la naturaleza y sus exigencias normativas con vistas al bien de la persona humana. Al desconocer (o rechazar) la ley de la naturaleza, esa ley inscrita (no escrita) en “el corazón del hombre” (San Pablo, *Romanos*, II, 12-15), rechaza, por allí mismo, la norma del bien que es causa de la verdadera libertad. Ésta, lógicamente, se convierte (*ex parte subjecti*) en una energía generalmente libidinosa —que tiene en sí misma su *ratio*, su norma, y que determina *ad libitum* sus fines, o, más bien, los *objetivos* en cuyo logro el agente encuentra a la vez su placentera satisfacción y su degradación espiritual y moral—. Se justifica, entonces, con “un concepto de libertad completamente falso, todo lo que el arbitrio humano produce”⁹.

En esta perspectiva y dinámica libertinas —que carece de espíritu y sobreabunda en energía en términos de Dostoievski¹⁰— se ha recurrido en nuestros tiempos a la conciencia como *norma normans* y principio que, impropriamente, concede “al individuo el privilegio de fijar, de modo autónomo, los criterios del bien y del mal, y actuar en consecuencia”¹¹. “Al presupuesto de que se debe seguir la propia conciencia, se ha añadido indebidamente la afirmación de que el juicio moral es verdadero por el hecho mismo de que proviene de la conciencia”¹². La verdad es así suplantada por la “sinceridad” o por la “autenticidad”¹³.

Ahora bien, “*la crisis en torno a la verdad*” es lo que ha llevado a “*exaltar la libertad hasta el extremo de considerarla como un absoluto, que sería la fuente de los valores*”¹⁴. Pero con la alteración de la verdad, el bien también se esfuma. Y así, la pérdida del sentido de la verdad, y la pérdida (o alteración) del sentido normativo del bien, han llegado a hacer

⁸ León XIII: *Libertas Praestantissimum*, N° 12.

⁹ Ratzinger, Joseph: *Il Sale della Terra*, 261.

¹⁰ Dostoievski: *The Brothers Karamazov*, XII, 6.

¹¹ Juan Pablo II, en *Fides et Ratio*, 98. Cf. *Veritatis Splendor*, 32.

¹² Juan Pablo II: *Veritatis Splendor*, 32.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.* (subrayado en el original). “La libertad depende fundamentalmente de la verdad”. *Ibid.*, 34.

del consenso a la vez un expediente pragmático, y la “vía real” (*voie royale*) para conseguir la realización de los objetivos que dictan los intereses ideológicos o simplemente políticos o económicos¹⁵. El legítimo consenso pasa a ser entonces ideologizado, asignándosele indebidamente la “producción” política de la verdad y el bien. Pero, más allá del conscientismo y del consensismo, pilares del liberalismo dominante y contemporáneo; más allá del liberalismo que hoy contamina la cultura sin dejar de expresarse políticamente, la vía del liberalismo gnoseológico y ético se asienta, sobre todo, en lo que podríamos designar como el principio sexual. Aquí, el “aporte” de Freud es decisivo. Si el *principio* de la persona humana está en el *espíritu*, como justamente afirma el Aquinate¹⁶, hoy se pretende, con inusitada “energía” (Dostoievski), si bien no siempre explícitamente, que la raíz del hombre está en el sexo. Y así, en la práctica, el libertinaje que suplanta a la verdadera libertad en el liberalismo ideológico y militante a que hemos aludido, se expresa cada vez más sexualmente. El *free choice* del feminismo ideológico en boga ha venido a profundizar y “enriquecer” el liberalismo. Aquí, todo está permitido por el sólo hecho de quererlo. Cualquier norma (moral) prescriptiva es vista como una intromisión indebida o como una barrera impropia. La norma única asumida es, precisamente, que “todo está permitido” *ad libitum*. De ahí que el liberalismo de la razón y su proyección ética tengan hoy en la homosexualidad una manifestación, sino una “causa” mayor; lo cual se expresa en términos de “derechos” (humanos... desde luego), no de deberes; o de derechos sólo para unos (los homosexuales y quienes los apoyan), y de deberes sólo para otros (sus opositores o detractores). Reivindicación, “reconocimiento”¹⁷ y discriminación están en cuestión aquí, de parte de los “afectados” o marginados.

El sexismo en general (como ideología y praxis), y el homosexualismo en particular, “legítiman” —*contra natura*— la separación de la sexualidad de su fin propio y natural: la procreación. Pervierten, al mismo tiempo, el sentido de la unión conyugal y de la misma familia. A partir de aquí, el aborto pasa a ser no sólo tolerable¹⁸, sino aun promovido¹⁹. Todo

¹⁵ El *interés* es subjetivo, no objetivo como lo es el *bien*. En esta suplantación degradante tienen parte ya los sofistas Duns Scot, Occam, Maquiavelo, Marx, Nietzsche, Freud... muy especialmente. “Las virtudes se pierden en el interés, como los ríos se pierden en el mar”. La Rochefoucauld: *Maximes*, 171.

¹⁶ Véase Maritain, Jacques: *Principes d'une Politique Humaniste*, 1945, p. 15.

¹⁷ No en el sentido paulino; “negativo”, en cuanto el hombre debe reconocer su calidad de pecador para llegar a la salvación (*Romanos*, XI, 25-32); “positivo”, en cuanto se debe reconocer aun en el esclavo a un ser humano (*Ep. a Filemón*, 15 y 16). Sí, en el sentido hegeliano, que se expresa en la “dialéctica del amo y el esclavo”. Véase Hegel: *La Phénoménologie de l'Esprit*, Tomo I, pp. 155-166.

¹⁸ Lo que es ya muy grave.

¹⁹ Al menos como “aborto terapéutico”.

esto responde a una cierta lógica; la cual concluye en un radical atentado a la vida humana. Ahora bien, en este “ámbito”, tan amplio como el del ser del hombre mismo²⁰, acecha, sin embargo, la contradicción o al menos la incoherencia. Y es que, en general, los mismos liberales que toleran o propician el aborto²¹, rechazan la aplicación de la pena de muerte a criminales y asesinos²². En todo caso, se puede afirmar que el “principio” sexual llega lejos en la vía de un liberalismo que cada vez más, superando lo meramente político o económico, se yergue como la “cultura” de “nuestros tiempos”; tiempos modernos o postmodernos²³. La “fecundidad” del punto de arranque es manifiesta; el *desafío* no lo es menos. “Cada uno es libre de dar el contenido que le parezca a su libido personal”²⁴. En cierto modo, ya todo está en un tal “principio”. San Pablo no lo ignoraba²⁵. Tampoco los estoicos, desde su particular perspectiva, lo ignoraban. Epicteto advierte que “el aplicarse demasiado a las cosas corporales es señal de un alma baja...”; y critica a Epicuro por pretender que no hay otro bien que (no sea) la voluptuosidad”, y por considerar que “la piedad y la santidad son puras invenciones de hombres arrogantes y sofistas (...) y el pudor la cura”²⁶. En sentido contrario, se sitúa la exhortación de Epicteto: “Abstente cuanto fuere posible del placer de las mujeres hasta que seas casado, y cuando lo seas, usa del matrimonio legítimamente y como lo manda la ley”²⁷.

Así, la “superación” de Locke o Constant en el liberalismo de nuestro tiempo se debe a que se ha recurrido a fuentes no sólo diversas (y *aggiornatas*), sino a menudo opuestas al liberalismo clásico; objeto, por lo demás, de pertinente crítica por parte del Magisterio eclesial moderno²⁸. Dicho más concretamente, los liberales que hoy tienden, gramscianamente, a establecer una “cultura dominante” (Marx), están más cerca de Marx, de

²⁰ Para el hombre vivir es ser. Tomás de Aquino: *De Anima*, II, 4.

²¹ “Crimen nefando”, en el juicio del Segundo Concilio Vaticano. Véase Concilio Vaticano II: *Gaudium et Spes*, 51. Cf. Juan Pablo II: *Evangelium Vitae* (1995), N° 58: “Delito Abominable del Aborto”.

²² La diferencia está en que el “delito grave” (crimen) en el caso del asesinato es la muerte de una persona humana.

²³ “O tempora o mores”. Cicerón: *Tusculanas*, III, 2, 3.

²⁴ Ratzinger, Joseph: *Rapporto sulla Fede*, 1985, p. 85. Cf. Dalbiez, Roland: *La Méthode Psychanalytique et la Doctrine Freudienne*, 1949, Tomo II, pp. 258-267.

²⁵ Véase Romanos, IX, 14-29; Romanos, VI, 5 y 6, y Efesios, IV, 21-24.

²⁶ Epicteto: *Manual*, XLI, y Epicteto: *Máximas* (de los cuidados del cuerpo), 11. Tal vez no está de más recordar el interés de Marx por Epicuro, que fue objeto de su tesis doctoral. La influencia en Gramsci es evidente. Véase Gramsci: *Nota sul Machiavelli, sulla Politica e sullo Stato Moderno*, 1974, pp. 299, 324-326 y 332.

²⁷ Epicteto: *Manual*, XXXIII, 8. Cf. Epicteto: *Máximas* (del propio perfeccionamiento), 93.

²⁸ Véanse las encíclicas *Rerum Novarum*, en general, *Quadragesimo Anno*, en general, y *Octogesima Adveniens*, 26-30 y 35.

Nietzsche, de Freud, de Simone de Beauvoir, de Sartre, de Foucault, o aun de Heidegger, que de los maestros históricos y tradicionales del liberalismo. De ahí que en el ámbito político, en vez de oponerse al socialismo (marxista, “utópico”, efectivamente renovado, o más bien “recauchado”), como fue en el pasado, el liberalismo “profundizado” de nuestra época contemporánea ha acogido al socialismo; al punto que su “dinámica” actual es la de un *liberal-socialismo*. Lo cual supone²⁹, a partir de la “*profundización*” ideológica liberal, un reforzamiento político del socialismo mismo. En este sentido, constataba ya Raymond Aron, pertinentemente, que el “discípulo liberal de Maquiavelo encuentra en el destino del marxismo, en el siglo XX, múltiples confirmaciones de la enseñanza aportada por el florentino”; “enseñanza” referida sobre todo a “la lucha por el poder y a la primacía de la política”³⁰.

En todo caso, es la radicalización ideológica y política del liberalismo contemporáneo la que a nuestro entender ha engendrado un cierto *resentimiento* en el liberalismo actual contra la Iglesia y el cristianismo. No ajeno al resentimiento del “esclavo”, desde luego; que en la grandeza de su trágico nihilismo tematizó Nietzsche contra el cristianismo y sus fieles³¹. Se trata de un resentimiento que, como precisa Max Scheler, supone una “autointoxicación psíquica”³². La cual tiene, en su origen, un “impulso de venganza”; de venganza que, en el caso que nos ocupa, apunta efectivamente a “los valores cristianos (que) son susceptibles, con extraordinaria facilidad, de transformarse en valores de resentimiento”, en el juicio del mismo Scheler³³. “El rebajarlo y derribarlo todo de su pedestal, es propio de esta disposición”. Al tiempo que el agente resentido “se percibe a sí mismo como ‘bueno’, ‘puro’, ‘humano’, en el proscenio de su conciencia”; aun si “vislumbra los valores auténticos, a través de sus valores ilusorios, como a través de un velo transparente”³⁴.

Sea lo que fuere, la virulencia del ataque (más que una mera crítica) del liberalismo “profundizado”, contra el cristianismo y la Iglesia³⁵, se explica en gran medida por la activa presencia pastoral y misionera de la

²⁹ Como ocurre en países tales como España y Chile.

³⁰ Aron, Raymond: “Machiavel et Marx”, 1972, pp. 67 y 68.

³¹ Véase Thibon, Gustave: *Nietzsche ou le Déclin de l'Esprit*, 1948, pp. 253 y 254, en particular. Del mismo Nietzsche, *Más Allá del Bien y del Mal*, 46 y 55, en especial.

³² Scheler, Max: *El Resentimiento en la Moral*, p. 14.

³³ *Ibíd.*, pp. 15 y 80, respectivamente. (También, p. 91.)

³⁴ *Ibíd.*, pp. 18 y 74, respectivamente.

³⁵ Especialmente violenta de parte del feminismo ideológico y militante, que promueve a *outrance* el libertinaje sexual en todas sus proyecciones culturales, políticas y vivenciales. Véase, por ejemplo, Schüssler Fiorenza, Elizabeth: *The Power of Naming*, 1996.

Iglesia, especialmente durante el actual pontificado. Juan Pablo II³⁶ no ha cejado en recordar la norma del bien moral (natural y sobrenatural), en relación con las principales cuestiones que conciernen a lo que el mismo Pontífice ha denunciado como una “cultura de la muerte”³⁷. De ninguna manera se trata aquí de limitar la libertad en su natural, legítimo y deseable ejercicio. Al contrario, se promueve la verdadera libertad, la libertad de desarrollo o de exultación de las personas humanas³⁸, de toda la persona y de cada persona³⁹. Ahora bien, como decía Santo Tomás de Aquino con profundo realismo, en el orden humano no se avanza en el bien si al mismo tiempo no se denuncia todo el mal que se le opone⁴⁰. Además, la doctrina de la Iglesia no hace suyo el principio lockeano que supone que la libertad de cada uno *limita* con la de cada otro⁴¹. Y esto, porque el bien, de suyo, no tiene límites; y porque siendo la libertad el más preciado bien del hombre, lo que se debe siempre incesantemente buscar es su expansión⁴², y con ello profundizar, en definitiva, en el logro del “nexo más unitivo” (Dionisio), es decir, del *amor*; del amor a Dios y a los hombres. Y es que, como dice San Juan de la Cruz, “en la tarde de tu vida serás juzgado en el amor”⁴³.

Es ésta la energía espiritual que ha llevado a Juan Pablo II y, con él, a la Iglesia a insistir en los principios y normas naturales y sobrenaturales del mensaje revelado y, complementariamente, a criticar y denunciar, sin *tibieza*⁴⁴, sin claudicaciones ni ambigüedades, en el “sí sí, no no” de Jesucristo mismo, “signo de contradicción”⁴⁵, los errores, mentiras y embates de los contemporáneos efectos de la “cultura de la muerte”, que confunden

³⁶ Y su principal “ministro”, el cardenal Joseph Ratzinger.

³⁷ Juan Pablo II: *Evangelium Vitae*, 12.

³⁸ Véase, Maritain, Jacques: *Principes d'une Politique Humaniste*, 1945, Cap. I.

³⁹ Desarrollo de todo el hombre (integral), y de cada hombre, decía Paulo VI, asumiendo la justa expresión de Louis-Joseph Lebret (O. P.). Véase Paulo VI: *Populorum Progressio* (1967), N° 5 y 14; y, de Lebret: *Dynamique Concrète du Développement*, 1961, p. 28.

⁴⁰ Véase Santo Tomás de Aquino: *Ethicorum*, III, 269. Está en cuestión aquí el realismo del pecado original.

⁴¹ Véase Locke, John: *Two Treatises of Civil Government*, II, 2 (6), y II, 7, (8). Está en cuestión aquí, en particular, la concepción que Locke tiene del “contrato social” como superación del “estado de naturaleza”.

⁴² *Bonum diffusivum sui*. Véase Santo Tomás de Aquino: *De Veritate*, Q. XX, a.1 (4).

⁴³ San Juan de la Cruz: *Consejos y Sentencias Espirituales*, 57; esto, porque como se expresa en la *Llama de Amor Viva* (San Juan de la Cruz) y comenta J. Maritain, “es por el amor en la vida de amor y según el *esse amoris*, que todo se realiza”. Maritain, J.: *Les Degrés du Savoir*, Cap. IX, 12.

⁴⁴ La *tibieza* está ligada a la infidelidad y a la falta de amor y de esperanza. Véase Duplacy, Jean; Agustín George, Pierre Grelot et al.: *Vocabulaire de Théologie Biblique*, pp. 369 y 370. Cf. *Epístola de Santiago*, I, 2-27, y *II Epístola de San Pedro*, I, 3-14.

⁴⁵ Véase Lucas, II, 34 y 35. También, *Isaías*, 53.9. Cf. Daniel-Rops: *Jésus en Son Temps*, 1945, pp. 333-335, 358 y 359.

la “vía” de la libertad con una praxis libertina, degradante de la persona humana.

Juan Pablo II nos da en su Magisterio, con inusitada abundancia y frecuencia, y con la habitual profundidad eclesial que asegura el servicio de la Palabra de Dios para el bien de los hombres⁴⁶, todo lo que no sólo los “creyentes”, sino cualquier hombre de “buena voluntad” (Juan XXIII) necesita para orientar su vida a los fines que le convienen por naturaleza, y que son “vías” hacia el fin último sobrenatural⁴⁷.

La Palabra pontificia que más directamente concierne al anuncio de la verdad y a la denuncia a que aludimos está contenida, sobre todo, en tres encíclicas, una exhortación apostólica y dos cartas apostólicas. A lo cual se debe agregar una instrucción y una nota doctrinal de la Congregación para la Doctrina de la Fe (aprobadas y ordenadas publicar por el mismo Papa), así como la Carta de los Derechos de la Familia, de la Santa Sede, del 22 de octubre de 1983. Por orden cronológico, los documentos a que aludimos⁴⁸ son los siguientes: *Familiaris Consortio* (exhortación apostólica) (1981); *Donum Vitae* (instrucción) (1987); *Mulieris Dignitatem* (carta apostólica) (1988); *Veritatis Splendor* (encíclica) (1993); *Carta a las Familias* (1994); *Evangelium Vitae* (encíclica) (1995); *Fides et Ratio* (encíclica) (1998), y *Los Católicos y la Política* (nota doctrinal) (2002).

La verdad, la vida, la sexualidad, la procreación, el matrimonio, la familia... son los “temas” mayores que viene abordando la Iglesia. Temas que constituyen también el *enjeu* en el que hoy⁴⁹ la permanente tensión entre política y religión⁵⁰ se expresa. Y en relación a lo cual las oposiciones entre verdad y mentira, libertad y servidumbre, manifiestan hasta qué punto son las “razones de vivir” y la “buena vida humana” lo que está aquí en cuestión. Derechos y deberes de la persona humana (Maritain), leyes y costumbres (Montesquieu), realizan, para bien o para mal, las opciones

⁴⁶ La Palabra de la Iglesia no está por encima de la Palabra de Dios, sino a su servicio. Y por sobre —desde luego— las interpretaciones particulares de ésta. Véase Journet, Charles: *L'Eglise du Verbe Incarné*, 1955, Vol. I, pp. 436, 438 y 674, en particular.

⁴⁷ Considerando, a este respecto, que “el hombre supera infinitamente al hombre” (Pascal: *Pensées* 131 (434)); porque “Dios lo ha hecho para sí” (San Agustín: *Confesiones*, 1).

⁴⁸ Que manifiestan la importancia (aun dogmática) de lo que está en juego para la Iglesia, así como la urgente necesidad de poner a sus miembros, jerárquicos y laicos, ante sus responsabilidades.

⁴⁹ En Chile, muy especialmente. Para muestra un botón (¡y qué “botón”!): el gobierno chileno acaba de decidir la distribución gratuita de la “píldora del día después” (abortiva). (35.000 unidades para 1.800 denuncias anuales..., lo cual constituye una descarada promoción del libertinaje sexual.)

⁵⁰ El *homo sapiens* se “proyecta” en el *homo religiosus*, hacia “arriba”; y en el *homo politicus*, o *zoon politikon* (Aristóteles), hacia “abajo”.

culturales y política en las que “aterrizan” aquellas tensiones y oposiciones antropológicas y éticamente más básicas.

La relación crítica y conflictual entre Iglesia y “liberalismo” se inserta en esa “dinámica”, y allí adquiere su *sentido*⁵¹. De ahí que, al abordar críticamente y denunciar la Iglesia la “cultura de la muerte”, está con ello, hoy, criticando y denunciando al liberalismo, en su opción intelectual, y práctica *libertina*; que atentando contra la verdad⁵² y el bien destruye el sentido mismo de la libertad, con las nefastas consecuencias prácticas para la vida humana, que ya conocemos y experimentamos.

Sea lo que fuere, Juan Pablo II constata la separación entre la verdad (que se la desconoce o rechaza) y la libertad que “desarraigada de toda objetividad”, se arroga la decisión autónoma de “lo que es bueno y lo que es malo”⁵³. Por esta vía —relativista e immanentista— el hombre llega a “erigirse en principio absoluto de sí mismo”⁵⁴; con un “tal grado de *autonomía moral*, que prácticamente significaría su *soberanía absoluta*”⁵⁵. Sin embargo, “la libertad del hombre, modelada sobre la de Dios, no sólo no es negada por su obediencia a la ley divina, sino que solamente mediante esta obediencia permanece en la verdad y es conforme a la dignidad del hombre”⁵⁶.

Ahora bien, la radical alteración de la verdad característica del liberalismo moderno⁵⁷ “acaba por tratar el cuerpo humano como un ser en bruto, desprovisto de significados y de valores morales”⁵⁸. Un tal dualismo “abre la puerta”, y viene a “justificar” todo tipo de aberraciones *antinatura*, las que dan su contenido al libertinaje a que nos hemos estado refiriendo. La “gama” va aquí de la anticoncepción, el aborto y la manipulación genética (humana)⁵⁹, al divorcio, la “unión libre” y la “superación” de la familia “tradicional”; pasando por la promoción de una sexualidad sin “barre-

⁵¹ El “sentido” proviene del *fin*.

⁵² “Lo verdadero (...) es sólo lo ventajoso en nuestro modo de pensar, de igual forma que lo justo es sólo lo ventajoso en el modo de conducirnos”. James, W.: “Pragmatismo”, p. 30. Por su parte, Jean Daniélou (S. J.) constata que “es evidente que cuando se habla de ‘verdad’, muchos hombres modernos se ponen a la defensiva. Dirán que lo que usted llama verdad es lo que usted piensa. Lo que yo llamo verdad es lo que pienso yo. Así, cada cual, como decía Pirandello, tiene su verdad; y, por consiguiente, la verdad no existe”. Daniélou (S. J.), Jean: *La Crise Actuelle de l'Intelligence*, pp. 20 y 21 de la edición italiana Paoline, 1970.

⁵³ Juan Pablo II: *Veritatis Splendor*, 84.

⁵⁴ *Ibid.*, 86. También, N° 32. Cf. *Evangelium Vitae*, 20 y 24.

⁵⁵ *Veritatis Splendor*, 35.

⁵⁶ *Ibid.*, 42. Cf. Concilio Vaticano II: *Gaudium et Spes*, 17.

⁵⁷ Pero no exclusiva...

⁵⁸ *Veritatis Splendor*, 48.

⁵⁹ En particular, la *clonación*.

ras”⁶⁰, y aun de la homosexualidad⁶¹; en relación a lo cual la noción (y praxis...) de *género* (*gender*) opera como clave hermenéutica e instrumento ideológico para borrar las diferencias, incrementar y “profundizar” las opciones, a nombre de una cierta “verdad” antropológica y de una falsa libertad⁶².

Juan Pablo II ha denunciado, sobre todo, en *Evangelium Vitae*, la mentira ideológica de tales afirmaciones y pretensiones. Constatando una “objetiva *conjura contra la vida*, que ve implicadas incluso a instituciones internacionales, dedicadas a alentar y programar auténticas campañas de difusión de la anticoncepción, la esterilización y el aborto”⁶³, el Papa afirma, justamente, que “no se puede negar que los medios de comunicación social son con frecuencia cómplices de esta conjura, creando en la opinión pública una cultura que presenta el recurso a la anticoncepción, la esterilización, el aborto y la misma eutanasia⁶⁴, como un signo de progreso y conquista de libertad, mientras muestran como enemigos de la libertad y del progreso las posiciones incondicionales a favor de la vida”⁶⁵. Es —prosigue Juan Pablo II— “en el plano cultural, social y político, donde presenta su aspecto más subversivo e inquietante” aquella *conjura*. Lo cual implica “la tendencia, cada vez más frecuente, a interpretar estos delitos contra la vida como *legítimas expresiones de la libertad individual*, que deben *reconocerse y ser protegidos como verdaderos y propios derechos*”⁶⁶.

A este respecto, y a mayor abundamiento, el Pontífice delata “una sorprendente contradicción: justo en una época —dice— en la que se pro-

⁶⁰ A veces disimulada en términos de “educación” sexual. Es el caso, en Chile, de las jornadas de conversación, afectividad y sexualidad (Jocas), promovidas por el Ministerio de Educación, en conexión con los Ministerios de Salud y de la Mujer (Sernam).

⁶¹ En Estados Unidos muy especialmente. En Chile se está todavía... a nivel de la “tolerancia” y los “derechos” de *gays* y *lesbianas*. Para los matrimonios entre éstos, aún no estaría “maduro” el país (Lagos) (!).

⁶² Sobre el *género*, véase Butler, Judith: *Bodies That Matter*, 1993, en general. Para un excelente análisis crítico, véase Valenzona, Rosa Linda G.: *UN Beijing Fourth World Conference on Women*, 1995.

⁶³ N° 17. Entre las instituciones internacionales en cuestión están las Naciones Unidas, la Unesco, Unicef, y desde luego las ING (Instituciones No Gubernamentales), tales como Eduk, Aprofa, Isis, Catholics for a Free Choice, entre muchas otras.

⁶⁴ Con lo que se sitúan en el surco de la criminalidad nazi. Véase Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe: *Donum Vitae*, I, 3-6, y III.

⁶⁵ *Evangelium Vitae*, 17. Los “mass media” aludidos conciernen especialmente a la prensa escrita y a la televisión. Es de sobra conocida la operatividad ideológica de canales de televisión (TVN, en Chile, por ejemplo) y diarios, diaruchos y “pasquines”, entre los que se puede citar desde *La Nación*, el *Plan B*, y *The Clinic* chilenos, hasta diarios de (indebido) prestigio internacional, como *Le Monde*, el *Corriere della Sera*, o *El País* (España).

⁶⁶ *Evangelium Vitae*, 18. Es aquí donde el liberalismo “toca fondo”, si pudiese decirse.

claman solemnemente los derechos inviolables de la persona⁶⁷, y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho mismo a la vida queda prácticamente negado y conculcado... Estos atentados —afirma la encíclica— van en una dirección exactamente contraria a la del respeto a la vida, y representan una amenaza frontal a toda la cultura de los derechos del hombre. Es una amenaza capaz, al límite, de poner en peligro el significado mismo de la convivencia democrática⁶⁸. Y es que en el relativismo propio de “un mundo sin verdad, la libertad pierde su consistencia y el hombre queda expuesto a la violencia de las pasiones y a condicionamientos patentes o encubiertos”⁶⁹. Aquí “está en juego la esencia del orden moral, que concierne al bien integral de la persona”⁷⁰. Es por ello que la Iglesia, afirmando que “la justa *autonomía* de los católicos” no es exclusiva de “la enseñanza moral y social de la iglesia”⁷¹, apela a la “coherencia”, y recuerda⁷² que “el derecho a la libertad de conciencia (...) se basa en la dignidad ontológica de la persona humana”⁷³; sin que, por lo mismo⁷⁴, se pueda arrogar “la conciencia individual las prerrogativas de una instancia suprema del juicio moral, que decide categórica e infaliblemente sobre el bien y el mal”⁷⁵.

Finalmente, ni la concepción relativista del pluralismo⁷⁶, ni la concepción libertina de la tolerancia⁷⁷, justifican la separación entre lo privado y lo público, y entre moral y política, que algunos políticos (e intelectuales, o “casi intelectuales”, como diría Aron) reivindican para apoyar proyectos, leyes y política que contradicen las exigencias morales naturales y la fe de la Iglesia. Ésta recuerda, no obstante, con firmeza y sin ambigüedad, que “ningún fiel puede (...) apelar al principio del pluralismo y autonomía de los laicos en política, para favorecer soluciones que comprometan o menoscaben la salvaguardia de las exigencias éticas fundamentales para el bien de la sociedad”⁷⁸.

⁶⁷ Que los liberales de nuestro tiempo parecieran monopolizar; independientemente de sus graves insuficiencias antropológicas y éticas, y más allá de sus incoherencias y contradicciones.

⁶⁸ *Evangelium Vitae*, 18.

⁶⁹ Juan Pablo II: *Centesimus Annus*, 46.

⁷⁰ Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe (cardenal Joseph Ratzinger): *Los Católicos y la Política*, 4.

⁷¹ *Ibid.*, 6.

⁷² Contra el conscientismo libertino hoy en boga.

⁷³ Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe (cardenal Joseph Ratzinger): *Los Católicos y la Política*, 8. También, N° 3. Santo Tomás de Aquino: *De Veritate*, Q. XVII.

⁷⁴ Estando entonces implicado el que el juicio práctico de conciencia supone la ley de naturaleza, y en ella se funda.

⁷⁵ *Veritatis Splendor*, 32. Cf. Juan Pablo II: *Fides et Ratio*, 98.

⁷⁶ Para una propia concepción del pluralismo, véase Maritain, Jacques: *Humanismo Integral*, V, 1.

⁷⁷ Véase *Ibid.*

⁷⁸ Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe (cardenal Joseph Ratzinger): *Los Católicos y la Política*, 5.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aron, Raymond: "Machiavel et Marx". En *Études Politiques*. París: Gallimard, 1972.
- Butler, Judith: *Bodies That Matter*. Nueva York: Routledge, 1993.
- Cicerón: *Tusculanas*. Rizzoli, 1996.
- Concilio Vaticano II: *Gaudium et Spes*, 1965.
- Dalbiez, Roland: *La Méthode Psychanalytique et la Doctrine Freudienne*. París: Desclée de Brouwer et Cie., 1949.
- Daniélou (S. J.), Jean: *La Crise Actuelle de l'Intelligence*. Roma: Paoline, 1970.
- Daniel-Rops: *Jésus en Son Temps*. París: Fayard, 1945.
- Dostoievski, F.: *The Brothers Karamazov*. The New American Library, 1957.
- Duplacy, Jean, Agustin George, Pierre Grelot et al.: *Vocabulaire de Théologie Biblique*. París: Cerf. 1964.
- Epicteto: *Manual*. Ed. Purúa, 1986.
- Epicteto: *Máximas*. Ed. Purúa, 1986.
- Gramsci: *Nota sul Machiavelli, sulla Politica e sullo Stato Moderno*. Turín: Einaudi, 1974.
- Gregorio XVI: *Mirari Vos*, 1832.
- Hegel, G. W. Friedrich: *La Phénoménologie de l'Esprit*. Tomo I. París: Aubier-Montaigne.
- James, Williams: "Pragmatismo". En Williams James: *El Significado de la Verdad*. Buenos Aires: Aguilar, 1980.
- Journet, Charles: *L'Eglise du Verbe Incarné*. Desclée De Brouwer, 1955.
- Juan Pablo II: *Centesimus Annus*, 1991.
- Juan Pablo II: *Veritatis Splendor*, 1993.
- Juan Pablo II: *Evangelium Vitae*, 1995.
- Juan Pablo II: *Fides et Ratio*, 1998.
- La Rochefoucauld: *Maximes*. Garnier, 1977.
- Lebre, Louis-Joseph: *Dynamique Concrète du Développement*. París: Econ. Et Hum. Ed. Ouvrières, 1961.
- León XIII: *Libertas Praestantissimum*, 1888.
- Locke, John: *Two Treatises of Civil Government*. Everymen's Library, 1970.
- Lutero, Martín: *Obras de Martín Lutero*. Vol. I. Buenos Aires: Paidós, 1967.
- Maritain, Jacques: *Humanisme Intégral*. Aubier-Montaigne, 1936.
- Maritain, Jacques: *Principes d'une Politique Humaniste*. París: Hartmann, 1945.
- Maritain, Jacques: *Les Degrés du Savoir*. Desclée de Brower, 1946.
- Moreno, Fernando: *Utopía, Ideología y Totalitarismo*. Santiago: Ed. Andante, 1989.
- Nietzsche, Friedrich: *Más Allá del Bien y del Mal*. Alianza Editorial.
- Pascal: *Pensées*. París: Seuil.
- Paulo VI: *Populorum Progressio*, 1967.
- Pío IX: *Syllabus*, 1864.
- Pío X: *Pascendi Dominici Gregis*, 1907.
- Ratzinger, Joseph: *La Foi Chrétienne Hier et Aujourd'Hui*. París: Mame-Cerf, 1985.
- Ratzinger, Joseph: *Rapporto sulla Fede*. Milán: Ed. Paoline, 1985.
- Ratzinger, Joseph: *Il Sale della Terra*. Milán: Ed. San Paolo, 1997.
- Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe (cardenal Joseph Ratzinger): *Los Católicos y la Política*. Ed. San Pablo, 2002.
- Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe: *Donum Vitae*, 1987.
- San Agustín: *Confesiones*. En *Obras de San Agustín*. Ed. Apostolado de la Prensa, 1954.

San Juan de la Cruz: *Consejos y Sentencias Espirituales*. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC).

Santo Tomás de Aquino: *De Veritate*. Ed. Studio Domenicano, 1992.

Santo Tomás de Aquino: *Ethicorum*. Ed. Ciafic, 1983.

Santo Tomás de Aquino: *De Anima*. Ed. Abete, 1975.

Scheler, Max: *El Resentimiento en la Moral*. Buenos Aires: Espasa-Calpe, 1944.

Schüssler Fiorenza, Elizabeth: *The Power of Naming*. Nueva York: Orbis Books, 1996.

Thibon, Gustave: *Nietzsche ou le Déclin de l'Esprit*. París: Fayard, 1948.

Tresmontant, Claude: *La Crise Moderniste*. París: Seuil, 1979.

Valenzona, Rosa Linda G.: *UN Beijing Fourth World Conference on Women*. Reyes Publ. Inc.

1995. ☐

RESIDENCIA EN LA TIERRA: LENGUAJE E HISTORIA*

Joaquín Fermandois

En este ensayo se piensa *Residencia en la Tierra* como una obra en sí misma, aislada del contexto de la obra nerudiana, tanto de lo que le antecede como de lo que le sigue. Normalmente se analiza la manera cómo Neruda hace ingresar a la historia en el *Canto General*, o en obras análogas. Aquí, en cambio, se verá el contenido de interpretación, o de búsqueda del sentido de la historia, a partir de su palabra en *Residencia*, una creación que no le va a la zaga de otras grandes obras que son respuestas a la interrogación por el sentido del tiempo histórico en la primera mitad del siglo XX.

Residencia, ¿en cuál sentido?

En cuanto historiador, me referiré a *Residencia en la Tierra*, quizás la menos “histórica” de sus obras en el sentido convencional. Parecería que un historiador tuviera un campo inextinguible de investigación en el *Canto General*, y desde luego es así. Esto casi se confunde con el que Neruda haya abrazado una de las causas políticas más potentes del siglo, en la que política e historia casi se confunden.

JOAQUÍN FERMANDOIS. Profesor de historia contemporánea, Pontificia Universidad Católica de Chile. Miembro de número de la Academia Chilena de la Historia.

* Ponencia presentada en el coloquio “Pablo Neruda y el mundo”, efectuado en la Pontificia Universidad Católica de Chile, Campus San Joaquín, 27 de mayo de 2004.

La historia consiste en encontrar la realización de lo humano en una elección política concreta, en un fenómeno que adquirió poder sísmico. La política consistiría en acertar a leer en cada circunstancia el mandato de la hora de acuerdo a las “leyes de la historia”. A esta poderosa sensibilidad de la historia escojo denominarla la *tentación totalitaria*. Y no hablaré más de ello. No es el tema de esta ponencia.

Al hablar de las potencialidades de *Residencia en la Tierra* para el lenguaje de la historia, quiero decir que tomaré a este libro como totalidad y como obra en sí misma que se desarrolla entre 1925 y 1935. Vale decir, no tendré en cuenta la llamada “Tercera Residencia”, que expresa lo que muchos autores consideran como una transformación de la palabra poética, o una “conversión”. Aunque las dos primeras “Residencias” muestran diferencias entre sí, una evolución anotada por los expertos, las estudiaré como unidad, como un momento coherente (o que intenta coherencia).

En este sentido, mi ensayo no se referirá a un tópico común en este tipo de estudios, y que ha sido lo que ha predominado en los estudios nerudianos, aquel de la relación entre la obra y el autor. No sólo porque es corriente relacionar la evolución de una obra con la biografía del autor. También porque aun quienes divisan en *Residencia* a una cumbre del poeta, están motivados por establecer la línea total de la vida creativa; o porque creen que el punto central de encuentro se da en torno a la experiencia de vida del *Canto General*, verdadero epítome de la relación entre poesía e historia, en el sentido antes descrito (de historia). Al momento de expresar lo que es el “pensamiento poético” de Neruda, según la justa expresión de Alain Sicard, se quiere ver qué de esa obra es parte de un camino o evolución, y qué es lo que queda allí. Cuando se piensa en el valor de Neruda para el conocimiento histórico se toma este último ángulo como observatorio privilegiado.

Otro será el camino que se abre en estas líneas. Se supone la unidad implícita, de un fondo casi mágico, de la obra de arte, como manifestación de un momento creador. Nada está aislado de nada, es como un truismo de la misma existencia. Se puede decir que todo es función de todo. Esto no impide que podamos sentirnos como sujetos, cada uno de nosotros especialmente como un *sujeto cognoscente*, y así hallar en lo que tomemos por realidad, también unidades de tiempo y lugar. Así opera el historiador para determinar su objeto. *Residencia en la Tierra* pasa así a ser considerada una manifestación de la realidad histórica, que posee la suficiente coherencia como para constituir un hecho en sí mismo.

La obra de arte y la interpretación de la historia

¿Qué tipo de hecho? Estudiar *Residencia* pertenece al campo de “historia de las ideas”. La denominación cubre un amplio espectro de posibilidades. Aquí la considero, según ya lo he explicado al hablar de Ernst Jünger, tomando muy en serio a la obra de arte en sí misma como *hecho de la historia*. No en el sentido de la emanación, sino que de realidad provista de autonomía esencial, en la medida que ocurra en la *existencia histórica*.

La autonomía se da cuando el ser histórico responde a los desafíos de su tiempo con una respuesta que supera el marco de lo rutinario, de lo completamente previsible, de lo automático. Es una respuesta que añade imprevistamente a lo existente; y es una respuesta creativa, entregando algo “nuevo”. No es otra la definición de la obra de arte. De por sí, tiene una autonomía radical, que la constituye en arte; sólo en otro plano de su existencia es parte de una coordenada histórica en el sentido más lato; o, también, en alguna dimensión, puede ser emanación (reflejo, hasta “falsa conciencia” o “conciencia alienada” si se quiere). La obra de arte que se considera aquí es la respuesta a la existencia histórica que arroja un haz de posibilidad interpretativa.

La interpretación de *Residencia en la Tierra* que aquí se presenta proviene de una pregunta acerca del sentido de la historia, tal como éste se ha desarrollado en el pensamiento del siglo XX. Se pregunta a esta obra de Neruda, tal como se desarrolló entre 1925 y 1935, por su contenido y sus huellas que entreguen posibilidades de descifrar una interpretación de la historia del siglo de acuerdo a la voz del poeta. “Sentido de la historia” en cuanto *interpretación* de la historia, que ha sido parte del lenguaje moderno, de acudir al argumento histórico para responder a la pregunta de Alexis de Tocqueville, “¿Hacia dónde vamos?”. Para ello, recurre tanto al lenguaje de la historia referente a un pasado inmediato, como, puede ser, al más remoto. Esta forma de aproximación, que la aprendí junto a mi profesor Ernst Nolte, hace más de treinta años, y que era el instrumento con la que él explicaba el pensamiento de los siglos XIX y XX, la he desarrollado en algunos trabajos sobre escritores y ensayistas, así como a lo largo de varios años en seminarios en esta casa de estudios. Es decir, trasladé a la escritura literaria —ensayo, novela, diario de vida— lo que había aprendido en el estudio de los pensadores sistemáticos. A ambas expresiones de creación les es común un fondo de lenguaje meditativo, aunque exigen un tipo de aproximación diferente. Ahora ingreso en un terreno antes no hollado por mí: el de la pregunta de interpretación a la poesía.

Sólo si mis palabras expresan la capacidad de ampliación, y de comentario iluminado de la obra, podrán residir más allá de esa frontera implacable que separa al comentario de su labor pedagógica, y puede ser éste creativo del mar de interpretaciones que se vuelven sobre sí mismas, estériles y que muchas veces ahogan a las épocas cansadas y desgastadas. Este mismo hecho es parte de uno de los grandes temas culturales de lo moderno, aunque también ha sido adelantado en la Grecia post-clásica como hasta en nuestro Quijote. Con todo, es una marca de la era del hombre moderno. Y también, la obra de arte alcanza las fronteras de su promesa, cuando, al decir de George Steiner, es interpelada como “apuesta en favor del significado del significado (...) cuando afirma la presencia de una ‘sustanciación’” (*Presencias Reales*, p. 14). En esta empresa la obra de arte o de pensamiento creativo no es responsable del envaramiento de la lectura, sino que simplemente somos nosotros los encargados de enfilear hacia la rica pero elusiva perspectiva de la interpretación.

La pregunta que me origina la lectura es la idea de la era “post-teológica” en que consiste la modernidad, al decir de George Steiner. En vez de aniquilar la pregunta por el fundamento último, la nueva era en la historia del ser humano lleva al pensamiento y al arte a profundizar de una manera ahora en gran medida intencional por hallar el sustituto, o descubrir las señales enigmáticas acerca de la persistencia de ese fundamento último, la orientación a lo sagrado, quizás a Dios.

Este nuevo campo, de la palabra poética pura, lo transito de la mano del comentario aprendido algo intuitivamente de algunos pensadores favoritos, y no de una formación sistemática en la tradición de la teoría literaria ni mucho menos. Principalmente soy deudor de las lecturas, aparte del mencionado Steiner, de Octavio Paz y de Czeslaw Milosz. Pero mi interpretación temo no sea más que un remedo de otros intérpretes, de los que también soy deudor, aunque no puedo responsabilizarlos del resultado.

En relación al texto mismo, he sacado algunas ideas de toda la crítica nerudiana. Los trabajos de Amado Alonso, Clarence Finlayson, Emir Rodríguez Monegal, Jaime Concha, Hernán Loyola, Gastón Soublette, Alain Sicard, Mario Enrico Santí, Volodia Teitelboim y José Miguel Ibáñez, me han dado luces para avanzar en mis ideas de interpretación. Mas, intento hacer algo diferente, al menos así lo creo. Debo añadir que para mi sorpresa, los estudios nerudianos no son demasiados, aunque debe haber una ingente actividad académica, del tipo de tesis doctorales, o de publicaciones en revistas dispersas. Con todo, sospecho que queda un inmenso campo de grandes potencialidades.

El ser y la nada

En *Residencia* se nos aparece en ese lenguaje de una extraña belleza, que nos deja perplejos, el asombro reiterado por las caras contradictorias con que se revela el fundamento. Su ingreso a la pregunta se presenta como la búsqueda del ser:

*De modo que el ser se sentía aislado, sometido a esa extraña
substancia, rodeado de un cielo próximo, con el mástil que-
brado frente a un litoral blanquecino, abandonado de lo
sólido, frente a un transcurso impenetrable y en una casa de
niebla¹.*

De un golpe, tenemos una multiplicidad de elementos y temas nerudianos, el mar y su relación con la totalidad; la alienación, aludida en lo “blanquecino” y en la sustracción “de lo sólido”; y la mirada hacia el ser, que creo ver expresada en la idea del “transcurso impenetrable”, mas envuelta en la evanescencia de una “casa de niebla”. El ser podría aparecer de una manera más abierta, filtrado por lo inefable:

*Y tú, como un mes de estrella, como un beso fijo,
como estructura de ala, o comienzos de otoño
.....
la luz hace su lecho bajo tus grandes párpados².*

Lo inasible es una de las caras del ser, que ni apenas es un *siendo*, como inescrupulosamente me atrevo a traducir el “Seiendes”. Obsérvese lo de “comienzos de otoño”, estación del año que siempre parece tener una carga de derrumbe del ser, mayor que otro cambio estacional. Sobre todo su anuncio, quizás ya poco después del apogeo del verano, cuando se asoman los primeros signos de, por ejemplo, una mañana más helada, o el acortamiento de los días, la puesta de sol cada día más temprano. La pluma de Neruda apunta a una experiencia dolorosa sobre la crisis de lo “siendo”, del “ser” finalmente. Es lo que aparece en la palabra nerudiana, en donde el ser, lo “siendo”, se muestra como inaccesibilidad:

¹ “El Deshabitado”, *Residencia en la Tierra* (Santiago: Editorial Universitaria, 1996, prólogo de Jaime Quezada y Federico Schopf), p. 77.

² “Juntos Nosotros”, p. 58. Para éste y siguientes poemas y textos de *Residencia en la Tierra* se ha empleado la edición de Editorial Universitaria, 1996, prologada por Jaime Quezada y Federico Schopf.

*Del centro puro que los ruidos nunca
atravesaron, de la intacta acera,
salen claros relámpagos lineales*³

Emerge una luz poderosa que enceguece a cualquier lector maravillado; el relámpago no es un faro que sea punto de referencia, sino que “el vivo ser de substancia y de silencio” (“Entrada a la Madera”, p. 147). El ser es el ser, mas, supremo obstáculo, nos separa el silencio. La “exploración del ser”, según señala Emir Rodríguez Monegal, intenta alcanzar los estratos siempre más profundos “e insospechables del ser” (*El Viajero Inmóvil*, p. 213), en búsqueda sin término, como tarea que necesariamente debe ser inacabada.

Alain Sicard ha afirmado que el Neruda de *Residencia* no es nihilista. No me queda si no asentir a la afirmación. Me parece incompleta, sin embargo. Neruda, como exponente del momento histórico —la primera mitad del siglo—, se aproxima a la experiencia nihilista para tratarla, para comprenderla, para jugar con ella, para dejarse seducir por la idea nihilista. El nihilismo no es un simple objeto, sino que un “proceso de reducción” con el que el hombre se encuentra por doquier. Es también uno de los polos a los que se refiere *Residencia*. Para Jaime Concha, el plano de lo inmóvil es el plano del *fundamento*, que se puede asimilar a lo que aquí se ha nombrado como *ser* (Concha, p. 18). Habría que añadir que Neruda busca el fundamento tras la aniquilación de éste; constata a través de su poesía el “fin del fundamento”, y se muestra dubitativo ante los restos desolados y absurdos donde, sin embargo, aparecen sus atisbos como posible semilla.

¿Hay retorno del tiempo destruido?

Lo que se podría llamar “ontología del ser” en el poeta, se aparece en su rostro más comprensiblemente inasible, en la visión del tiempo:

*Si me preguntáis en dónde he estado
debo decir “Sucedé”.
Debo hablar del suelo que oscurecen las piedras,
Del río que durando se destruye*⁴

La poesía, en el último verso, se acerca a la prosa, en este rasgo heraclítico, en el cual ser y devenir tienden a confundirse. El ser inasible

³ “Apogeo del Apio”, p. 149.

⁴ “No hay olvido (Sonata)”, p. 175.

tiene fugaces apariciones por medio de otra realidad omnipresente, también inaprensible, el tiempo, otro tema central de *Residencia*. Desde luego, una categoría esencial del conocimiento histórico es el tiempo, aunque lo es de cualquier conocimiento del ser humano, adquiere un puesto destacado para el sujeto cognoscente que se supone historiador. Existe un verso de *Residencia* que resume con extraordinaria potencia la primera intuición del tiempo, que es así mismo la de la muerte:

*mucho más silenciosa que un pie desenterrado*⁵

El tiempo como silencio; la muerte como exterminio, como grito silencioso para la voz del poeta, llamado de lamento y de protesta inexpressable ante lo ausente de la muerte, ante el tácito estar presente del tiempo. “Caída en lo inmensurable” lo llama Amado Alonso (*Poesía y Estilo en Pablo Neruda*, p. 40). “Mi corazón es tarde y sin orillas / (...) Yo busco desde antaño, yo examino sin arrogancia, / conquistado, sin duda, por lo vespertino” (“Colección Nocturna”, p. 56). ¿No existe un canto elegíaco por el origen, nostalgia de origen? Añade el muy nerudiano contraste —que luego veré con mayor detalle— en la realidad vista esencialmente como ambigua, “lo vespertino”. Enfría de súbito la mirada de nostalgia, no con un contentamiento con algún sustituto, sino que con encogimiento de resignación, casi con placer de toque levísimamente sádico.

El tiempo es olvido, el “*largo transcurso en olvido*” (“Fantasma”, p. 51). Cada tiempo surge y se hunde en las tinieblas, vaporosas y definitivas:

*Nada más hay entonces que el tiempo en las cabinas:
el tiempo en el desventurado comedor solitario,
inmóvil y visible como una gran desgracia*⁶.

Las metáforas surgidas del “largo viaje por mar” (M. Duras) son de las más fuertes de Neruda. No es extraño que las escoja para poetizar el tiempo. Éste aparece como en mónadas, fatalmente encapsulado, condena perpetua. Desde ese enclaustramiento, del que nadie sabe más, se da también un leve rayo de esperanza, a través del dolor absoluto, donde en la radical desesperanza existe el atisbo de la esperanza imposible. Así me parece percibirlo en uno de los momentos más bellos de *Residencia*:

⁵ “El Reloj Caído en el Mar”, p. 171.

⁶ “El Fantasma del Buque de Carga”, p. 91.

*Desde ahora, como una partida verificada lejos,
en funerales estaciones de humo o solitarios malecones,
desde ahora lo veo precipitándose en su muerte,
y detrás de él siento cerrarse los días del tiempo*⁷.

Están las poderosas metáforas del viaje, a las que he aludido en un trabajo mío de otra especie. Ciertamente, el tiempo se cierra sobre sí mismo, y se crea ese muro poderoso que impide la llegada de toda voz. La misma fuerza del fin anunciado por los versos parece apuntar hacia lo absoluto. También, desde el fondo del tiempo, el que parece sitiar al poeta, puede surgir una mujer:

*Como surges de antaño, llegando,
encandilada, pálida estudiante,
a cuya voz aún piden consuelo
los meses dilatados y fijos*⁸.

La aparición femenina, delineada muy de lejos, está cargada de ambigüedad, en cuanto podría ser esperanza, una recurrencia permanente de Neruda. También, la contraposición entre el tiempo y los *elementos*, que apuntan más sólidamente a lo absoluto, al fundamento, aunque sean asimismo escurridizos:

*La espesa rueda de la tierra
su llanta húmeda de olvido
hace rodar, cortando el tiempo
en mitades inaccesibles*⁹.

Quizás con menos carga de hermetismo y de belleza, estos versos sin embargo son más explícitos en las ideas poéticas del poeta. La tierra y los materiales, en su terrible silencio, parecen aguardar con una respuesta eterna, en un dejo de panteísmo, como quizás se puede resumir su idea de trascendencia. Esto sería coherente con lo expresado en los siguientes versos:

*Cuando la tierra llena de párpados mojados
se haga ceniza y duro aire cernido,*

⁷ "Ausencia de Joaquín", p. 48.

⁸ "Fantasma", p. 51.

⁹ "Lamento Lento", p. 52.

*y los terrones secos y las aguas,
los pozos, los metales,
por fin devuelven sus gastados muertos,¹⁰*

Me parece divisar aquí una alusión al tema del “eterno retorno”. Me explico, no es que el poeta postule esta concepción del tiempo como respuesta al sentido de crisis. Muchas veces se contraponen un sentido lineal y un sentido circular del tiempo. Más que alternativas ligadas a grandes eras históricas (sociedad arcaica, antigüedad, cultura judío-cristiana, modernidad, crisis de la modernidad...), pueden ser más útiles si se emplean como categorías con las que simultáneamente el sujeto cognoscente se puede aproximar a comprender el tiempo dentro de la existencia histórica.

Pues bien, el artista las utiliza en su “pensamiento poético”. Al menos están “aludidas”, como es mejor decirlo. El tiempo absoluto sería el tiempo inmóvil, donde no hay tiempo; y está el “tiempo existencial”, siguiendo a Jaime Concha, que sería aquel con el que se halla la existencia humana, casi siempre muriéndose en su ser, un tiempo que se cierra sobre sí mismo, pero que *podría* ser revitalizado por ese magma original creativo, los *elementos*. Uno es una suerte de fragmento sin autonomía, en relación al otro. El tiempo existencial es, también, el espacio de la catástrofe.

Catástrofe, muerte, condiciones del observador

La condición desvaída de la vida es cotidiana, “*quién no es vecino y ausente a la vez?*”. Condición lacerante que comparte con Sísifo la eterna repetición:

*como algo que se quiebra perpetuamente,
atraviesa hasta el fondo mis separaciones,
apaga mi poder y propaga mi duelo¹¹.*

A veces, este tormento incesante parece ser un fenómeno de reciente ocurrencia, como proceso histórico en el sentido convencional del término:

*Lloremos la defunción de la tierra y el fuego,
las espadas, las uvas,
los sexos con sus duros dominios de raíces,*

¹⁰ “El Desenterrado”, p. 166.

¹¹ “Diurno Doliente”, p. 63.

*las naves del alcohol navegando entre naves,
y el perfume que baila de noche, de rodillas,
arrastrando un planeta de rosas perforadas*¹².

Podría decirse que aquí existe un anticipo de las preocupaciones ecológicas de nuestra época. Al menos sería una afirmación incompleta, ignorando que en las finuras del pensamiento de fines del siglo XIX y la primera mitad del XX existe gran testimonio de esta preocupación, para no ir atrás, de los románticos. Me parece que aquí destaca la idea de *catástrofe*, que muchas veces es casi idéntica a la existencia como crisis perpetua; o es la *muerte*, mas entendiendo que ésta no es un simple final, sino que resulta en una experiencia que se renueva destructivamente, sin término, que acabará con todo, salvando quizás a las potencias algo enigmáticas de los *elementos*.

Casi siempre es la aparición de los instantes de vida como sucesión de amenazas a un ritmo tal, que sólo se puede pensar que la amenaza y la catástrofe son condiciones existenciales, una categoría radical. “Guardo la ropa y los huesos levemente impregnados de esa materia seminocturna: es un polvo temporal que se me va uniendo, y el dios de la substitución vela a veces a mi lado, respirando tenazmente, levantando la espada” (“La Noche del Soldado”, p. 74). Es una rica fuente de los temas más ubicuos de *Residencia*, la desolación en medio de la normalidad; la amenaza de “un dios” que esgrime un arma poco fraternal. No es sino la *condición existencial* de la voz poética. La combinación de esta cotidianeidad de lo catastrófico, con la impresión de una catástrofe recientemente acaecida, entrega un sabor especial a la determinación epocal, “histórica” en último término, de este libro.

Como un alma de esa catástrofe, la muerte acompaña esta condición. “Ya sus ojos han muerto de agua muerta y palomas / y son dos agujeros de latitud amarga” (“El Sur del Océano”, p. 115). La doble muerte acompaña a la realidad personal y material:

*A veces el destino de tus lágrimas asciende
como la edad hasta mi frente, allí,
están golpeando las olas, destruyéndose de muerte,
su movimiento es húmedo, decaído, final*¹³.

“Destruyéndose de muerte”. ¿Alude a un “eterno morir”? No sería en relación al “eterno retorno” como tiempo cíclico, sino que tranquila

¹² “Desespiciente”, p. 124.

¹³ “Alianza (Sonata)”, p. 40.

condena sisífica, asumida con su dosis de estoicismo. Por otro lado, los *elementos* golpean y se destruyen y no destruyen. Es el vestigio del *fundamento*, la referencia tan muda a lo permanente. Ventana avara, ya que lo inmediato es lo que se podría llamar “crisis de la muerte”, o “fin de la muerte”, la crisis experimentada por el morir en el hombre actual:

*Quién hizo ceremonias de cenizas?
quién amó lo perdido, quién protegió lo último?
el hueso del padre, la madera del buque muerto,
y su propio final su misma huida,
su fuerza triste, su dios miserable?*¹⁴

Anuncia la degradación del morir, gran tema. A la vez, como que a Neruda se le caen retazos de una apreciación por seres y cosas, nostalgia que uno adivina abundante, el valor de lo único. La “*madera de buque muerto*”, imagen hermosísima, lamento por lo irrevocablemente ido, respeto, pienso, por lo existido y que ya no existe; sin embargo, había un polvo valioso del que dimana una suerte de vida, que el poeta le entrega su dosis de amor como “polvo enamorado”. Con todo, la muerte como la niebla que empaapa un puerto húmedo, es la compañera de la catástrofe.

El contraste como método

¿Será un camino poético del conocimiento? Me refiero a lo que llamo la técnica del contraste en Neruda. Singulariza *Residencia*, como a gran parte de su obra en general, “*porque al mar de los muertos su pasión desplómase / violentamente hundiéndose, fríamente asociándose*” (“Ausencia de Joaquín”, p. 48). Es como si el poeta con la mano izquierda borrara la impresión de hermosa tragedia que su mano derecha escribió en el primer verso, y la reemplazara con la conciencia de disolución material, como realidad final, también realidad original. Mas, no sólo como un acto de espantar todo vuelo hermoso, sino que con contraste en las mismas imágenes: “*frágil como la espada de cristal de un gigante*”; “*inmóvil, vestido de un fulgor moribundo y una escama opaca*” (“Monzón de Mayo”, pp. 64, 65); “*precipitadamente pálido, marchito en la frente*” (“Arte Poética”, p. 66):

¹⁴ “Sonata y Destrucciones”, p. 70.

*De su mirada largamente verde
la luz caía como un agua seca*¹⁵.

La indecible hermosura de estos versos, imagen potente, crea su propia fatiga, o sentido de fatiga, desfallecimiento, al apuntar el vaciamiento que podría entregarse de la belleza en sí misma, “mirada largamente verde”, aunque esta adquiriera la profundidad de lo hermoso con su contraste, lo seco.

No se trata de un juego coqueto, sino del campo de acción de la escritura poética, que se mueve entre lo salvífico y la poetización del peligro, del desaliento, del disgregamiento universal de los seres y las cosas. Incluso lo grotesco no alcanza a ser tocado por el pincel de la belleza y la identificación con un *fundamento* permanente, indestructible, que a veces sólo está en el sonido del verso. Como inspiradamente lo dijera Clarence Finlayson, Neruda expresa “lo puro con lo impuro” (“Visión de la Muerte en Pablo Neruda”, p. 389), en versos indivisibles, en los cuales desde el fondo profundísimo donde yace la esperanza, casi completamente desdibujada, emerge un vago aliento. Nunca es tan sugerente la imagen del *contraste*, como en Josie Bliss:

*Color azul de exterminadas fotografías,
color azul con pétalos y paseos al mar,
nombre definitivo que cae en las semanas
con un golpe de acero que las mata.*

El golpe seco, acerado, “que las mata”, no alcanza a aniquilar el dejo de melancolía en esa parte de nuestra conciencia, que vincula el azul intenso de un mar a medio día, las fotos que se van decolorando, mientras deambulamos por la *orilla*, otra potente recurrencia en Neruda.

Con esto podemos arribar a otro ámbito, uno donde se encuentra lo permanente, una suerte de *fundamento*, lo que aquí llamaré los *elementos*. No lo hallé yo, sino que está en los estudios nerudianos. Tampoco alcanzo a insinuar una meditación acerca de ellos. Sólo los delinee en la pizarra. Se trata de las realidades “reales” que subyacen la sensación cambiante y fugitiva: el mar, la tierra, la noche, la piedra. Pueden ser otras más. Aquí existe como una metafísica concreta, y son las grandes potencias telúricas que todo lo renuevan. Creo yo, que no bastaría decir esto; existe algo más en Neruda que tiene que ver con el “significado del significado”, según antes se anotó. Pero por ahora no abundaré en esto.

¹⁵ “Angélica Adónica”, p. 68.

¹⁶ “Josie Bliss”, p. 177.

Sólo quiero apuntar a dos aspectos que muestran la presencia de los *elementos*. Por una parte, se trata del panteísmo que podría estar como trasfondo en la obra nerudiana, particularmente en *Residencia*. Esto tiene implicancias para la historicidad de *Residencia*. Creo que sí se encuentra la veta panteísta. Pero está más allá de mis fuerzas, por el momento, destacarlo con vigor. En segundo lugar, existen analogías de esta relación de búsqueda de lo mágico en un nuevo vínculo con la naturaleza, y con sus fuerzas elementales. Es suficiente con recordar la obra de D. H. Lawrence, en cuanto comunión con una naturaleza entre espiritual y cósmica. Es mucho lo que lo separa de Neruda; es decisivo lo que lo vincula en la tarea análoga de crear un nuevo tipo de comunicación entre el ser humano y la naturaleza. Esto hace más evidente la historicidad de la obra.

Dejo de lado, por ahora, otro tema capital en Neruda, la del paisaje urbano e industrial, siempre desvinculado, como las alusiones a las profesiones y a las organizaciones. Se manifiesta desde la sensibilidad que luego denomino “crítica de la cultura”, además de ser sátira de aspectos de lo moderno. Es un terreno en el cual no es difícil encontrar la historicidad, la del sujeto desamparado en medio de un paisaje urbano que ha ido perdiendo su sentido. Queda para otra ocasión.

¿Atisbo de actitud ante el momento histórico?

La poesía de *Residencia* parece estar marcada por la contemplación del poeta sin introducirse en algún tipo de acción. Se trata de una observación de la decadencia, que toca sus fibras más íntimas, sin divisar un campo de despliegue de algún tipo de voluntad; se trata de contemplación *inactiva*, *vita inactiva* pero no carente de pensamiento latente. No existe ni indignación moral, ni búsqueda de refugio en una fortaleza interior, ya que ésta también se ve arrastrada por el torrente destructivo. Una vez hay un asomo de postura, de afrontar en la integridad el proceso que desde fuera succiona al poeta:

*De ese modo histórico mis huesos adquirieron gran preponderancia en mis intenciones: el reposo, las mansiones a la orilla del mar me atraían sin seguridad, pero con destino, y una vez llegado al recinto, rodeado del coro mudo y más inmóvil, sometido a la hora postrera y sus perfumes, injusto con las geografías inexactas y partidario mortal del sillón de cemento, aguardo el tiempo militarmente, y con el florete de la aventura manchado de sangre olvidada*¹⁷.

¹⁷ “Comunicaciones Desmentidas”, II, p. 76.

La conciencia de la historia pertenece a un pasado que se recibe como herencia estéril, resto de hechuras que perdieron su magia. Una imagen de romanticismo tradicional, casi cursi, “hora postrera”, adquiere su categoría nerudiana por estar inserta en la técnica del contraste, que es mucho más que un juego de palabras, el “sillón de cemento”, la “sangre olvidada” que le sustrajo sentido a la acción que fue pretendidamente heroica. El poeta, el hablante, tiene conciencia de este derrumbe de sentido. Le llega a llamar incluso “sentido” a lo que parecía demostrar tal, pero que el poeta ya está convencido no lo tiene. Existe una dialéctica húmeda —que está palpitante, como lenguaje meditativo, no analítico— que le entrega su belleza potente, aun el asomo de parálisis que presenta en la palabra del recitador.

Esto prepara al anuncio de una proposición casi única en *Residencia*, la que me atrevo a llamar, en alusión a una poderosa sensibilidad del siglo, que he visto en mi lectura representada básicamente por los escritos contemporáneos de Ernst Jünger, como *realismo heroico*. Se trata de esa imagen extraña, fascinante y desolada como casi todas las de este Neruda, cuando expresa que “aguarda el tiempo militarmente”.

Por un instante, la poesía se detiene en un recurso al espíritu heroico y dandista del combate, al apuntar al “florete de la aventura”. Sin pausa para el aliento, erosiona esta pequeña (después de la Gran Guerra y de la aparición de la guerra técnica) ventana de rescate del “héroe clásico”, cuando invoca a la “sangre olvidada”. Me parece que hay que colocar la denominación de “realismo heroico” como la actitud del que cae ignorado por los demás; que lucha por causas de las que ahora todos se burlan, o desconocen y no pueden ni siquiera imaginar. Pero en Neruda existe la mirada del estupor, del que está perplejo, pero no alcanza al escándalo. Todo esto puede parecer un atisbo; es una conjetura mía.

Residencia en su época

A partir de *Residencia* había varias líneas abiertas para la creación del poeta. Esta obra que se entrega en esos años explosivos que van de 1925 a 1935, contenía un haz de posibilidades. Neruda escogió una de ellas. No avanzaré más, sino que espero poder profundizar lo que aquí creo ayuda a determinar. Y, al meramente señalar hacia la elección o “conversión” de Neruda, no se quiere definirla como una limitación en sí misma. Se trata de un poeta con gran capacidad de crear en nuevos y vibrantes

lenguajes. No en el balde se le ha comparado con Pablo Picasso, por la capacidad camaleónica de ser expresivo en diversas manifestaciones de la palabra poética, aunque siempre se pueda hallar un verso que nos sea familiar en cualquiera de sus obras. Tradicionalista inspirado en Quevedo, cruzó varias vanguardias. Lo que más se acerca a una definición de su obra, quizás, es la que recientemente ha entregado Charles Simic, como “surrealismo natural” (*The New York Review of Books*, 25 de septiembre de 2003). Neruda resumió las tendencias de su época y en este sentido su obra adquiere una radical historicidad.

En fin, *Residencia en la Tierra* nos lleva original y creativamente a un paisaje espiritual familiar que puebla la primera mitad del siglo XX, aquel de la perplejidad por un panorama que se asume como catastrófico. Frente a éste caben muchas respuestas, de las que la desesperación no es más que una de sus posibilidades, y no necesariamente incompatible con el canto provisto de belleza, sino que además puede coexistir con una actitud de espera y de búsqueda de un atisbo de salvación. En la obra nerudiana que aquí se comenta, esto no es más que una pequeña ventana de posibilidad. Mas, también se puede ver en la visión profética de catástrofe un método que es más que un medio; un método de aproximarse a la fuente de la destrucción y del proceso de la nada, del ennadecimiento, y de allí rescatar los restos del naufragio. Puede ser, también, la simple observación de la belleza desvaída de objetos engullidos por una corriente destructora, cuyas fronteras están en el *fundamento*, un dato muy próximo al *ser*.

¿Será la materia? Es conocida la línea de comentaristas para quienes el hallazgo de la belleza de la materia es una de las claves de la dialéctica búsqueda/encuentro en el Neruda que llega hasta la segunda *Residencia*. Materia como vitalidad, inmersión en la vida, canto a la vida... Como lo he dicho, esto podría ser definido también como panteísmo, como búsqueda de la trascendencia, más allá de la nada amenazante, en una caracterización que se podría parecer a la que ofrece Finlayson, aunque no sea idéntica a ella. El desdibujamiento de lo humano y de sus promesas volcó al poeta a los fenómenos telúricos; se incorpora a ellos, pero asumiendo el riesgo de volcarse a lo *elemental* y sus fuerzas oscuras, como promesa de creación.

La catástrofe nerudiana, que por momentos parece ser un proceso natural que arrastra consigo tanto al cosmos como a las creaciones de la historia, a las amantes y a los amigos, no es un hecho aislado del momento histórico del espíritu humano. Es parte de una reacción cultural que encuentra su asiento alrededor de la primera mitad del siglo XX. Más estrecha y estrechadoramente, en los años de entreguerras, cuando un hálito de

vigor extraordinario llevó al pensamiento y a la creación en general, a honduras sobre las que todavía meditamos.

Me atrevería a definir este rasgo como aquel tantas veces referido, el de la “crítica de la cultura”, que se inicia con Nietzsche y Burckhardt, pero alcanza su mayor fuerza expresiva, en el sentido de autoconsciente, en los años entre las dos guerras. En poesía, Eliot es la figura quizás más análoga al esfuerzo de *Residencia* por recoger los restos del naufragio bajo una conciencia aguda de la catástrofe, como intento de volver a la experiencia del *mito* sin caer en la inmediata manipulación del mismo, justamente porque la poesía sería el lugar de la redención, al apuntar a un más allá, a una noción de lo numinoso.

No se trata de que exista un movimiento ni un conjunto de obras cerradas sobre este tema lacerante acerca de la “crisis”, aunque por cierto hay tanto pensadores y poetas que podrían caber, gran parte de ellos mismos, en esta categoría. De los pensadores me viene a la mente *La Situación Espiritual de la Época* (1932) de Karl Jaspers; y por cierto, entre los poetas, *Tierra Baldía* (1920) de Eliot, así como sus *Cuatro Cuartetos* (1935-1942). Se trata más bien de la pregunta por la crisis de la cultura, de una inquietud sobrecogedora, que no necesariamente expresa el carácter de “fin de mundo” de la sociedad moderna. Sí, en cambio, incorpora el pensamiento y la posibilidad de la catástrofe como un horizonte “normal” para el hombre histórico del siglo y, quizás, del futuro.

Neruda, ¿en la estela de Nietzsche, lector de Heidegger, con atisbos de Benjamín? Parece muy difícil, aunque tiene que haberse adentrado en el primero. Los parentescos de época no se podrían iluminar ni con filología de parentesco, ni con biografía. Existen analogías en épocas históricas que descenden sobre los hombres de genio peculiar. Hay intuiciones que se obtienen de respirar el aire de la época; se obtienen al meditar nuevamente un pensamiento antiguo, vitalizado aunque sea por una experiencia mínima de los tiempos. Creo que éste es el caso de esta fuente inagotable, quizás “clásica”, de *Residencia en la Tierra*. Aquí Pablo Neruda ha sido el “visionario”, según lo ha definido Mario Enrico Santí, que se ha asomado a una época y ha delineado en un “pensamiento poético” la mirada hacia un mundo que ve al mismo tiempo como provisto de fragmentos de plenitud y como de conciencia aguzada de eternidades infernales, todo ello envuelto en el sonido y sentido de una belleza penetrante. Para repetir a riesgo de banalizar a Clarence Finlayson, presenta “lo puro con lo impuro”.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Finlayson, Clarence: "Visión de la muerte en Pablo Neruda". En *Antología* seleccionada y prologada por Tomás P. MacHale. Santiago: Andrés Bello, 1969.
- Neruda, Pablo: *Residencia en la Tierra*. Prólogo de Jaime Quezada y Federico Schopf. Santiago: Editorial Universitaria, 1996.
- Rodríguez Monegal, Emir: *El Viajero Inmóvil. Introducción a Pablo Neruda*. Buenos Aires: Losada, 1966.
- Santí, Mario Enrico: *Pablo Neruda. The Poetics of Prophecy*. Ithaca, Londres: Cornell University Press, 1982.
- Sicard, Alain: *El Pensamiento Poético de Pablo Neruda*. Madrid: Gredos, 1981.
- Steiner, George: *Presencias Reales*. Barcelona: Ediciones Destino, 1991; original, 1989. ☐

INFORME ANUAL SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE INFORMACIÓN EN CHILE (2003)

J. Ignacio Correa

A juicio del presidente de Libertades Públicas, A.G., Juan Ignacio Correa, el estado institucional de la libertad de expresión e información en Chile es aún desalentador. En el informe que aquí se reproduce, analiza su evolución durante el 2003 en los planos constitucional, legal y judicial y en el ámbito de las competencias del Consejo Nacional de Televisión (CNTV). Juan Ignacio Correa señala, entre otros aspectos, que aun cuando la derogación del delito de difamación aprobada por el Senado es un avance, la Cámara de Diputados, por otro lado, ha restablecido este delito en el proyecto de Ley de Protección del Honor y la Intimidad de las Personas. A su vez, advierte que persiste la incoherencia entre el reconocimiento constitucional de derechos (como lo es la libertad de expresión e información) y la extensión de las acciones judiciales entregadas para su control concreto (en particular, el recurso de protección preventivo). También plantea, finalmente, un juicio adverso a las prerrogativas punitivas del Consejo Nacional de Televisión.

J. IGNACIO CORREA A. Abogado, escritor y columnista. Presidente de Libertades Públicas, A.G., organización no gubernamental cuyo objeto es defender, proteger y promover los derechos fundamentales de las personas.

Fortalecer la *libertad de expresión y de información* es una tarea pendiente en Chile, pues ésta sobrevive en un marco legal y cultural caracterizado por una tradición autoritaria, asentada en Chile desde antes del gobierno militar¹.

Así, en ese loable propósito, la evolución institucional de la *libertad de expresión y de información* en Chile durante 2003, puede ser analizada desde los siguientes aspectos:

1. ÁMBITO CONSTITUCIONAL Y LEGISLATIVO

Las principales iniciativas actualmente sometidas a la decisión legislativa son:

1.1. Normativa constitucional

En este ámbito, se destaca:

a) Delito de difamación

La Constitución Política (N° 4 del artículo 19) establece que es delito la “imputación —a través de un medio de comunicación— de un hecho o acto falso, o que cause injustificadamente daño o descrédito a una persona o a su familia”.

Dado que este delito —denominado de difamación— restringe en forma substantiva la *libertad de expresión y de información*, con fecha 16 de julio de 2003 el Senado aprobó su derogación². Votaron por mantenerlo sólo los senadores Canessa, Cordero, Martínez y Stange, todos ellos conocidos como la “bancada militar”³.

La derogación del delito de difamación debe ahora ser ratificada por la Cámara de Diputados. En Chile, el Ejecutivo (léase Presidencia) maneja el calendario o ritmo legislativo, luego la pronta eliminación de esta restric-

¹ Human Rights Watch: *Los Límites de la Tolerancia. Libertad de Expresión y Debate Público en Chile* (Santiago: LOM Ediciones, 1998), p. 49.

² *Boletines* N° 2.526-07 y N° 2.534-07 del Senado.

³ Ya que fueron máximos jefes de las fuerzas armadas durante el gobierno militar. Ocupan un escaño en el Senado como consecuencia de que aún no se elimina el resabio constitucional de ese régimen que reconoce en favor de los ex jefes castrenses un derecho para designar cuatro senadores, sin someterlos al veredicto popular (salvo el caso del senador Stange, quien fue General Director de Carabineros desde 1985 a 1995, y que, en 1997, postuló a un escaño parlamentario, resultando elegido).

ción a la *Libertad de Expresión y de Información* depende en gran medida de su voluntad política y liderazgo.

No obstante esta decisión del Senado, la Cámara de Diputados ha restablecido civilmente, a nivel legal, el delito de difamación en el proyecto de Ley de Protección del Honor y la Intimidad de las Personas aprobado el 9 de diciembre de 2003 y que se analiza más adelante.

La cabal comprensión de los párrafos precedentes exige un breve excurso: tras el caso *New York Times Co. contra Sullivan*⁴ la doctrina constitucional se ha unificado en torno a que la obligación a los medios de comunicación no es decir la verdad, sino que más bien no mentir a sabiendas. El criterio asentado desde aquella decisión es que la preservación de la *libertad de expresión y de información* exige tolerar los errores de buena fe. Si prima la obligación de decir la verdad sin reconocerles legitimidad a los errores involuntarios, sentenció la Corte Suprema de EE.UU., se inhibe la crítica ciudadana y se entroniza la autocensura. La consecuencia inmediata de esta decisión fue que, en lo sucesivo, los presuntos afectados por la emisión de una información han debido primeramente demostrar la culpa del medio de comunicación y se ha liberado a la prensa del peso de la prueba que hasta entonces la obligaba a acreditar que había dicho la verdad⁵.

b) Mecanismo procesal que habilita la censura judicial previa

Además y también desde la perspectiva de la normativa constitucional, llama la atención la incoherencia que existe entre la fortaleza reconocida a los derechos constitucionales (como es la *libertad de expresión y de información*) y la extensión de las acciones judiciales entregadas para su control concreto (en particular, en sede del recurso constitucional de protección), que —paradójicamente— ha debitado la *libertad de expresión y de información* introduciendo una especie de censura previa, situación que contraviene un régimen democrático y republicano.

No obstante que el N° 12 del artículo 19 de la Constitución Política asegura a toda persona la “libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley”; lo cierto es que los tribunales de

⁴ Caso resuelto por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América con fecha 9 de marzo de 1964.

⁵ Lewis, Anthony: *Ninguna Ley* (Sociedad Interamericana de Prensa, 2000, derechos cedidos por Random House Inc. de Nueva York), pp. 136 y 137.

justicia, conociendo de recursos de protección en los cuales se invoca violada la garantía constitucional “a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia”, decretan, como medida preventiva mientras se falla el fondo del asunto, la prohibición de exhibir, difundir, publicar o distribuir el respectivo reportaje u obra.

Esta situación ocurrió, por ejemplo, con el caso “Enigma”⁶. Esta deplorable práctica, motivó que el relator para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA, Eduardo Bertoni, pidiera a las autoridades chilenas levantar la censura previa explícita en la prohibición provisoria de emitir el capítulo correspondiente al programa televisivo “Enigma”, pues ese impedimento contravenía el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que Chile ratificó el año 1990⁷.

El mismo emplazamiento efectuó el director adjunto del Comité para la Protección de los Periodistas, con sede en Nueva York, Joel Simon, quien expresó que “la censura previa viola los estándares internacionales de libertad de expresión”, por lo que exhortó “a la justicia chilena a tomar la decisión correcta en su fallo final y permita que Televisión Nacional de Chile pueda exhibir el programa”⁸.

Frente a este escenario, sería relevante introducir una reforma constitucional a fin de excluir del ámbito del recurso constitucional de protección las meras amenazas a la honra, tal como lo propuso *El Mercurio*⁹.

1.2. Normativa legal

En orden a la legislación ordinaria, existen las siguientes dos iniciativas:

a) Delito de desacato

Con fecha 10 de septiembre de 2002, ingresó a la Cámara de Diputados el Mensaje Presidencial N° 212-347, en cuya virtud se elimina la

⁶ Resolución de fecha 23 de julio de 2003 suscrita por los ministros titulares don Jaime Rodríguez E. y doña Amanda Valdovinos J. y por el abogado integrante don Marcos Thomas D. y ratificada por el ministro titular don Raúl Rocha P. y por el abogado integrante don Benito Mauriz A. (Recurso de protección ingreso N° 4.743-2003 de la Corte de Apelaciones de Santiago). El núcleo del caso “Enigma” fue si la difusión de un reportaje televisivo que recreaba el publicitado robo que sufrió un connotado abogado de la plaza, seguido de su asesinato e incineración de su cadáver, requería la autorización de sus herederos.

⁷ El Mostrador.cl de fecha 29 de julio de 2003.

⁸ www.cpj.org.

⁹ “Protección y Censura Previa”, *El Mercurio* de 12 de octubre de 2003, p. A-3.

figura del desacato del Código Penal (esto es, injuriar u ofender a determinados funcionarios públicos). Desgraciadamente esta iniciativa está restringida sólo a las injurias u ofensas cometidas contra las autoridades, manteniéndose la sanción para las amenazas y la perturbación del orden por vías de hecho¹⁰, o sea para aquellos comportamientos que importen un maltrato de obra.

A su vez, también elimina el desacato del Código de Justicia Militar respecto de injurias y las ofensas proferidas contra militares y carabineros.

En la sesión de la Cámara de Diputados celebrada el 9 de diciembre de 2003, se aprobó este proyecto de ley, habiendo pasado al Senado para su aceptación final.

A pesar del propósito declarado durante la discusión parlamentaria en orden a que este proyecto fortalece la *libertad de expresión y de información*, esta apreciación no ha sido del todo compartida. Por ejemplo, a juicio del historiador Fernando Silva V., “la aplicación que en el pasado reciente se hizo de la *sedición impropia*¹¹ contra los periodistas le dio notoriedad a dicho anacrónico y amplísimo tipo (delito)” y aconsejó analizar la conveniencia de eliminar dicha figura penal¹². Si bien en la iniciativa del Ejecutivo la *sedición impropia* sólo se mantenía en el Código de Justicia Militar y para el personal uniformado, durante la tramitación parlamentaria este delito propiamente castrense se incorporó a nuestro ordenamiento penal general, sancionando al *individuo no militar* (vale decir, civil), anomalía técnica —concluye Silva— de una gravedad evidente para la *libertad de expresión y de información*.

b) Proyecto de Ley de Protección del Honor y de la Intimidad de las Personas¹³

Como se recordará, la nueva Ley de Prensa de 2001 (Nº 19.733)¹⁴, junto con derogar la anterior normativa de 1967 (Ley Nº 16.643)¹⁵, eliminó el derecho que hasta entonces se les reconocía a los periodistas de cubrir la

¹⁰ *Boletín* Nº 3.048-07 de la Cámara de Diputados.

¹¹ El artículo 276 del Código de Justicia Militar sanciona la denominada *sedición impropia*, esto es, cuando solamente existe una provocación (instigación) a la sedición y no una participación directa en los actos ejecutivos de la misma.

¹² Silva V., Fernando: “Las Tibiezas de una Reforma”, *El Mercurio* de 10 de enero de 2004, p. A-2 (F. Silva es Secretario General de la Asociación Nacional de la Prensa).

¹³ *Boletín* Nº 2.370-07 de la Cámara de Diputados.

¹⁴ Ley Nº 19.733 sobre Libertad de Opinión e Información y Ejercicio del Periodismo (*Diario Oficial* del 4 de junio de 2001).

¹⁵ Ley Nº 16.643 sobre Abusos de Publicidad.

vida privada o familiar de una persona cuando constituían situaciones de innegable interés social¹⁶.

Al momento de la derogación de la Ley N° 16.643 se tuvo perfecta conciencia de que se “podría producir un desbalance entre los bienes jurídicos necesarios a proteger, como lo son el derecho a la intimidad de las personas y el derecho a la libertad de información”¹⁷; pero entonces se tenía el propósito de mantener transitoriamente vigente, por nueve meses, el citado artículo 22 de la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad, presentándose en marzo de 2001 al Senado un proyecto de ley al efecto¹⁸, el que lo aprobó con fecha 9 de mayo de 2001, pasando a la Cámara de Diputados para su ratificación, aprobación final que nunca llegó.

Así, la *colisión de derechos* (entre la *libertad de expresión y de información* y la protección del honor y de la intimidad) quedó regulada por las restrictivas normas del Código Penal¹⁹, que claramente constituyen una barrera al ejercicio de la *libertad de expresión y de información* y, en particular, al llamado *periodismo de investigación*. Tanto es así que en el Undécimo Encuentro Nacional de Diarios Regionales celebrado los días 22, 23 y 24 de agosto de 2001, se emitió una declaración que, en su punto 5°, manifestó “la urgencia de reactivar el trámite parlamentario del proyecto de ley destinado a hacer revivir temporalmente el artículo 22 de la antigua Ley de Abusos de Publicidad” (N° 16.653 de 1967), pues —asevera— que esta ausencia deja a los medios de comunicación “impedidos de informar sobre importantes materias de interés público”.

Coetánea y simultáneamente a la tramitación del proyecto que aspiraba a mantener vigente por un lapso transitorio de tiempo el artículo 22 (y que en su momento fortaleció el *periodismo de investigación*) se continuó el estudio de la moción presentada, en julio de 1999, por un grupo de diputados²⁰, conocida como la “moción Bustos”²¹ (véase moción A en cuadro sinóptico).

¹⁶ Artículo 22 de la Ley N° 16.643, introducido por la Ley N° 19.048 de 1991.

¹⁷ Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de 3 de abril de 2001, recaído en el proyecto de ley que delimita el ámbito de la vida privada frente a la libertad de expresión (*Boletín* N° 2.671-07 del Senado).

¹⁸ *Boletín* N° 2.671-07 del Senado.

¹⁹ En especial por el artículo 161-A del Código Penal, conocido como “Ley Otero” (introducidos por la Ley N° 19.423 de 1995), el que ha merecido el repudio mayoritario de los sectores democráticos del país, pues esa disposición legal sanciona la intromisión en la esfera de intimidad de las personas con numerosos vacíos y con una técnica legislativa en extremo deficiente.

²⁰ Juan Bustos R., José Pérez A., Juan Pablo Letelier M., Sergio Elgueta B., Fanny Pollarolo V., Aldo Cornejo G., Enrique Kraus R., Sergio Aguiló M., Patricio Hales D. e Isabel Allende B.

²¹ *Boletín* N° 2.370-07 de la Cámara de Diputados.

Informando la Corte Suprema la “moción Bustos”, señaló que ella no era del todo clara y que inducía a confusiones²².

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, con fecha 17 de abril de 2001, aprobó por acuerdo unánime su Primer Informe y recomendó a la sala aprobar la “moción Bustos”, con algunas modificaciones.

En el ínterin, con fecha 1° de julio de 2003 el Ejecutivo presentó (véase moción B del cuadro sinóptico) una indicación sustitutiva total de la correspondiente “moción Bustos”, y que tenía el mérito de ser consecuencia de un estudio exhaustivo y consensuado de todas las entidades que participan en las comunicaciones chilenas.

En las sesiones 29 y 30 de la Cámara de Diputados, celebradas con fecha 9 de diciembre de 2003, se aprobó, por la unanimidad de los diputados asistentes, salvo una abstención, un texto que corresponde —a su vez— a una segunda indicación sustitutiva total presentada por los diputados Jorge Burgos V. y Juan Bustos R., reconocida como la “moción Burgos-Bustos” (véase moción C del cuadro sinóptico), y que, en términos generales, se desentendió por completo de la indicación sustitutiva del Ejecutivo y volvió —en esencia— a las ideas matrices de la “moción Bustos”.

A juicio de la directiva nacional del Colegio de Periodistas de Chile, el texto aprobado por la Cámara de Diputados (“moción Burgos-Bustos”) contiene severas restricciones a la *libertad de expresión y de información*²³.

A su vez, Libertades Públicas A.G. estima que la Cámara de Diputados no reguló en forma satisfactoria la colisión de derechos entre la *libertad de expresión y de información* y la protección del honor y la intimidad²⁴.

Esta carencia y otras manifiestas que presenta el texto aprobado por la Cámara de Diputados deberán ser subsanadas por el Senado en el próximo trámite constitucional. En especial, debería tenerse en consideración: **i)** la equivocidad de la esfera excluida de la protección civil, pues la “moción Burgos-Bustos” da pábulos para que ésta sea determinada caso a caso en función de lo que cada persona considera reservado para sí misma o su familia, según sus propios actos, y no en razón de criterios objetivos como podrían ser los *usos sociales* (tal como lo hace el artículo 2° de la indicación sustitutiva del Ejecutivo); **ii)** la eliminación de los resguardos que permiten una prensa más libre contemplados en la indicación sustitutiva

²² Oficio N° 1.040 de 17 de agosto de 1999, dirigido por la Corte Suprema a la Cámara de Diputados.

²³ Declaración Pública de fecha 11 de diciembre de 2003.

²⁴ Bascuñán R., Antonio (socio fundador de Libertades Públicas, A.G.): “La Diferencia Necesaria”, *El Mercurio*, 16 de enero de 2004, p. A-2.

	A. “Moción Bustos” (21 de julio 1999)	B. “Indicación Sustitutiva del Ejecutivo” (1 de julio 2003)	C. “Indicación Sustitutiva Burgos-Bustos”
Bien jurídico protegido	La vida privada y pública y la honra de la persona y de su familia, a la inviolabilidad del hogar y toda forma de comunicación privada frente a intromisiones ilegítimas (art. 1°).	La honra, el honor, la privacidad y la propia imagen frente a intromisiones ilegítimas (art. 1°).	Idem “moción Bustos”, pero se agrega el derecho a la propia imagen de la persona y su familia (art. 1°).
Ámbito excluido de protección	Aquel que definen las leyes y los usos sociales, atendido a lo que cada persona considera reservado para sí misma o su familia según sus propios actos y pautas de comportamiento (art. 2°).	La protección legal no alcanza a aquellos aspectos de la vida de una persona que, atendidos sus propios actos o los usos sociales, no deben entenderse reservados. Tampoco se extiende a aquellas informaciones que posean interés histórico, científico, político o cultural relevante (art. 2°)	Incluye dentro del ámbito excluido de protección según la “moción Bustos”, además el interés público (art. 3°).
Intromisiones ilegítimas	En lo que respecta a la intimidad, la “moción Bustos” describe un catálogo de seis conductas que se estima que constituyen acciones ilícitas, esto es, intromisiones ilegítimas (art. 7°). No contiene una definición o concepto general del vocablo intromisiones ilegítimas. Luego, en lo que respecta al derecho a la propia imagen, establece tres excepciones en función de las cuales es lícita la captación y exhibición de imágenes gráficas de una persona: i) cuando se trate de quien ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen ha sido captada en un acto público o lugares abiertos al público; ii) la caricatura de esas personas de acuerdo con el uso social; y, iii) la información sobre un suceso público, si la imagen difundida aparece como meramente accesorio.	Siguiendo la tradición del antiguo artículo 22 de la Ley N° 16.643 sobre Abusos de Publicidad, la “indicación sustitutiva del Ejecutivo” comienza definiendo genéricamente qué se entiende por intromisiones ilegítimas, para luego continuar ejemplarizando con un listado de casos que constituyen intromisiones ilegítimas y concluye con un registro de conductas que no se consideran intromisiones ilegítimas (arts. 5° a 7°). En lo que respecta a la protección de la propia imagen, no se diferencia mayormente de la “moción Bustos”.	En lo que respecta a la intimidad, en términos conceptuales, no difiere de la “moción Bustos”. En lo que alude al derecho a la propia imagen establece las mismas tres excepciones contempladas en la “moción Bustos”, pero se agrega que la difusión de las imágenes de quien ejerce un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, aunque haya sido captada en un acto público o lugares abiertos al público, no puede afectar la dignidad del afectado.
Periodismo de investigación	No existe una disposición expresa que lo resguarde.	Expresamente se dispone que ningún precepto puede interpretarse de manera de obstaculizar el ejercicio del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones y opciones (art. 4°).	Idem “moción Bustos”. (continúa)

(continuación)			
Delito de difamación	Se tipifica en forma pura y simple, esto es, se sanciona toda expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o menosprecio de otra persona (art. 7°).	Se tipifica, pero en forma calificada, esto es, debe probarse por el ofendido que ha mediado el propósito de afectarlo moralmente o que la difamación se ha producido por un grave descuido de la verdad de lo que se le atribuye (art. 9°).	Se agregan a la “moción Bustos”, también como conductas ilícitas y sujetas a reparación civil del daño, los abusos cometidos en el ejercicio de la garantía constitucional de la <i>Libertad de Expresión y de Información</i> (art. 8°).
Extensión de indemnizaciones	La indemnización comprende el daño emergente, el lucro cesante. Y en su fijación debe considerarse las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se debe tener en cuenta, en su caso, la difusión o el medio a través del cual se haya producido. También, debe valorarse el beneficio obtenido por el causante de la intromisión ilegítima (art. 12).	La indemnización comprende todo perjuicio. El daño moral debe fijarse atendiendo las circunstancias del caso, la gravedad de la lesión efectivamente producida en la esfera de la personalidad, al grado o la intensidad del descuido incurrido por el ofensor y al beneficio obtenido por el causante de la intromisión ilegítima. El juez debe procurar que la indemnización sea estrictamente reparatoria y no constituya un enriquecimiento ni para el afectado ni para el culpable. Incluso, atendida esta circunstancia, la indemnización puede ser puramente simbólica (art. 11).	La indemnización comprende todo daño. Éste se valora atendiendo a las circunstancias del caso, a la gravedad de la lesión efectivamente producida, al grado o intensidad del descuido que hubiere incurrido el ejecutor del daño, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y el beneficio obtenido por el causante de la intromisión (art. 9°).
Libre disponibilidad de la acción indemnizatoria	No es transferible o cedible por acto entre vivos, pero sí transmisible por causa de muerte del ofendido (art. 5°).	Idem “moción Bustos” (art. 10).	Idem “moción Bustos” (art. 5°).
Solidaridad*	No existe.	No existe.	Se establece entre los propietarios, editores, directores y administradores del medio de comunicación social respecto de las indemnizaciones que procedan (art. 9°).
Prescripción	Un año desde que los afectados pudieron ejercerlas (art. 14).	Un año desde que el directamente afectado pudo ejercerlas (art. 10).	Un año desde que el directamente afectado o sus herederos, en su caso, tomaron conocimiento del hecho que la motiva (art. 5°).

* Que la responsabilidad sea solidaria significa que si existen varios deudores (por ejemplo: propietarios del medio de comunicación, concesionarios, editores y periodistas), el ofendido por la difusión de la noticia que causa daño puede exigir el total del pago de la indemnización a cada uno de ellos sin que éstos puedan excusarse pagando sólo una parte del perjuicio.

del Ejecutivo en cuanto a que no se considerarán *intromisiones ilegítimas* la divulgación de información: a) si no se lastima la sensibilidad ordinaria de las personas; b) si se informa sobre la permanencia de un individuo en un lugar de libre acceso al público; c) si la información fue obtenida en un lugar de acceso público sin usar medios subrepticios ni traicionar la confianza de aquel a quien concierne la noticia divulgada; y, d) en general, si esa información tiene un plausible interés público (artículo 5° de la indicación sustitutiva del Ejecutivo); y, **iii**) la supresión del catálogo de conductas que permitían un *periodismo de investigación* al no constituir *intromisiones ilegítimas*, según la indicación sustitutiva del Ejecutivo, la búsqueda o divulgación de información relativa a: a) cargos o funciones públicas; b) profesiones, oficios o actividades relevantes para la comunidad y de interés público real; c) informaciones que no lesionarían a una persona de sensibilidad ordinaria; d) informaciones o imágenes respecto de las cuales no exista una expectativa razonable de privacidad; e) hechos que presenten caracteres de delito; y, f) hechos que consten en registros o archivos públicos (artículo 7° de la indicación sustitutiva del Ejecutivo).

Junto a esas graves deficiencias, también se destaca quizás la mayor carencia de la “moción Burgos-Bustos” y que consiste en haber eliminado una de las ideas matrices de la indicación sustitutiva del Ejecutivo que establecía una suerte de preeminencia de la *libertad de expresión y de información* al disponerse que ningún precepto de la nueva ley podría interpretarse de un modo que obstaculice el ejercicio del derecho a buscar, recibir y difundir informaciones y opiniones (artículo 4°).

2. ÁMBITO JUDICIAL

La Corte de Apelaciones de Santiago²⁵ absolvió al periodista Eduardo Yáñez quien había sido condenado en primera instancia a la pena de 61 días y a una multa como autor del delito de desacato, en razón de opiniones que éste había vertido el 27 de noviembre de 2001 en el programa televisivo “El Termómetro”²⁶.

²⁵ Fallo de fecha 2 de abril de 2003, suscrito por los ministros Dobra Lusic N. y Daniel Calvo F. y por el abogado integrante Andrés Cruchaga G.

²⁶ Se recuerda que esta causa se inició por requerimiento del presidente de la Corte Suprema (Hernán Álvarez G.), en cumplimiento de un acuerdo del pleno de ese tribunal, a raíz de las fuertes críticas proferidas por ese profesional al Poder Judicial, en relación a la resolución judicial que mantuvo reclusa por tres años y medio a doña Eva Sánchez acusada de un parricidio que finalmente se comprobó que no había cometido. Sin embargo, la Corte Suprema se negó a reconocer a esa resolución como errónea, declaración que le habría permitido a la señora Sánchez ser indemnizada por el Estado de los perjuicios que esa privación de libertad le significó. El ministro instructor y sentenciador del requerimiento, en primera instancia, fue J. Manuel Muñoz P., rol N° 92.521-2001.

El fundamento de la absolución fue que las opiniones vertidas en un programa en vivo deben ser sopesadas teniendo muy en cuenta la inmediatez inherente a ese tipo de emisiones, pues —en ese caso específico— los sentenciadores advirtieron que durante la transmisión del programa, éste fue sufriendo una evolución ascendente en su intensidad, llegando los panelistas a un “nivel de una verdadera euforia verborreica”. En este contexto, ellos se sintieron inhibidos de dar por acreditado el ánimo de injuriar, elemento esencial del delito, por parte del profesional encausado y, por ende, lo liberaron de toda acusación.

3. ÁMBITO ADMINISTRATIVO

La existencia del Consejo Nacional de Televisión (CNTV)²⁷ que tiene por tarea controlar el *correcto funcionamiento* de la televisión chilena, entendiendo por dicho funcionamiento “el permanente respeto, a través de su programación, a los valores morales y culturales propios de la nación; a la dignidad de las personas; a la protección de la familia; al pluralismo; a la democracia; a la paz; a la protección del medio ambiente, y a la formación espiritual e intelectual de la niñez y la juventud dentro de dicho marco valórico”²⁸, claramente conforma un órgano público cuya justificación no se sustenta en ninguna lógica democrática y republicana y que, en su actuar, ha coartado la *libertad de expresión y de información*.

Efectivamente, al amparo del concepto *correcto funcionamiento*, por completo indeterminado e indefinido, el control punitivo del CNTV ha tenido una fuerza expansiva caracterizada, por ejemplo, en su ampliación unilateral de sus originales poderes extendiéndolo “con categorías sustantivas de conceptos que no coinciden necesariamente con las que usan los tribunales”²⁹; lo que ha llevado a que hoy se cuestione con énfasis esa prerrogativa.

Por ejemplo, 19 diputados, de todas las bancadas políticas del país, solicitaron al Presidente de la República el envío de un proyecto modificatorio de Ley del CNTV, a fin de derogar el concepto *correcto funcionamiento* para sustituirlo por uno concordante con una técnica penal moderna

²⁷ Un servicio público autónomo creado por la Ley N° 18.838 de 1989, cuya principal función es “velar por el correcto funcionamiento de los servicios de televisión, y, para tal fin, (tiene) su supervigilancia y fiscalización, en cuanto al contenido de las emisiones que a través de ellos se efectúan” (inciso 2° del artículo 1° de la Ley del CNTV).

²⁸ Inciso final de ese artículo 1°, en su redacción actual tras la modificación introducida por la Ley N° 19.131 en 1992.

²⁹ Ruiz Tagle V., Pablo: *Derecho, Justicia y Libertad: Ensayos de Derecho Chileno y Comparado* (México: Distribuciones Fontamara, 2002), p. 169.

y así tipificar en forma adecuada qué se entiende por tal³⁰. En su petición, esos diputados manifestaron que entender el *correcto funcionamiento* como sinónimo de respetar “un conjunto de valores genéricos abre un extenso campo a la discrecionalidad, a la arbitrariedad y a la imposición de criterios éticos y morales rígidos y excluyentes”, concluyendo que ese proceder pretende “ocultar aquello que los chilenos vemos o escuchamos en la calle a cada momento” y desprecia “el legítimo derecho de cada ciudadano a ver o escuchar lo que su inteligencia, madurez y libertad le indique”³¹.

Es presumible que esos parlamentarios, al solicitar la citada modificación legal, tuvieran en cuenta la aprensión de Human Rights Watch, cuando advierte que la jurisprudencia internacional ha establecido que restricciones a la *libertad de expresión y de información* amparadas en definiciones indeterminadas e indefinidas son sospechosas, dado que abren la puerta a interpretaciones arbitrarias y crean incertidumbres sobre las consecuencias legales y, por ende, concluyen en autocensura, desalentando las opiniones que cuestionan las ideas ortodoxas de aceptación general³².

Este juicio adverso a la expansión del poder punitivo del CNTV, también ha sido planteado por sectores académicos. Así, a su respecto se ha propuesto derechamente eliminar el CNTV, sujetando el control de contenido de la programación televisiva al régimen ordinario contenido en la legislación común del país, entregando su violación al conocimiento y juzgamiento de los tribunales ordinarios de justicia, tal como acontece con los demás medios de comunicación social³³. Y, en igual sentido, *El Mercurio* se ha pronunciado editorialmente³⁴.

A tal grado de discrecionalidad ha llegado su proceder que, por ejemplo, la llamada *geisha chilena* fue invitada al estelar “Amor a Ciegas” transmitido por el canal Chilevisión el día 7 de junio de 2003, en el cual ésta expuso sus pensamientos en forma análoga a como lo hizo en el programa “Tocando las Estrellas”, difundido por Televisión Nacional, sin embargo el segundo medio televisivo fue sancionado por el CNTV y, en cambio, el primero no lo fue.

³⁰ *Ibidem*, p. 183.

³¹ *Boletín de Sesiones de la Cámara de Diputados*, Legislatura 332ª, Extraordinaria, sesión 65ª celebrada el 16 de abril de 1996, p. 39.

³² Human Rights Watch: *Los Límites de la Tolerancia. Libertad de Expresión y Debate Público en Chile* (Santiago: LOM Ediciones, 1998), p. 63.

³³ Sierra I., Lucas: “CNTV: Incorrecto e Inútil”, 12 de noviembre de 2001; “CNTV: Razones para su Desaparición”, 24 de noviembre 2001; “Democles y la TV”, 17 de noviembre de 2003, y “Dichos y Regulaciones”, 30 de noviembre de 2003, todos en *El Mercurio*, p. A-2.

³⁴ “Caso Spiniak y Doble Jurisdicción”, *El Mercurio*, 16 de noviembre de 2003, p. A-3.

Pero no ha sido sólo ese proceder discrecional el que no ha permitido legitimar al CNTV como un órgano sancionatorio y jurisdiccional *ad hoc*, sino que también ha sido obstáculo a ese propósito la circunstancia que, junto con reunir ese órgano la calidad de juez y parte, propio de un modelo inquisitivo de enjuiciamiento, además actúa, en la mayoría de sus veces, de un modo indagador de oficio, proceder que igualmente repugna a un sistema jurídico moderno y respetuoso de la garantía constitucional del debido proceso, según el cual nadie puede ser juzgado sino que en virtud de un proceso previo legalmente tramitado y tras una investigación racional y justa (inciso 5° del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política).

Ese modo inquisitivo de su proceder, más coherente “con formas de organización política que reconocen el valor de la autoridad y la centralización del poder; en suma, con el régimen jurídico del absolutismo”³⁵; en la actualidad, es del todo incomprensible, toda vez que en el año 1992, en el marco del proceso de democratización vivido por el país, se introdujo una modificación a la Ley del CNTV³⁶, que entregó a los particulares el derecho a solicitar la apertura de procesos fundados en la falta de un *correcto funcionamiento* de los servicios televisivos, texto que fue muy resistido por el CNTV³⁷.

* * *

En resumen, el diagnóstico del estado institucional de la *libertad de expresión y de información* es aún desalentador, pues se observa que persiste una tradición legal y cultural autoritaria y restrictiva y un deficiente ritmo legislativo en la aprobación de las normas jurídicas que actualmente restringen la *libertad de expresión y de información*.

Santiago, 31 de marzo de 2004. ☐

³⁵ Horvitz L., María Inés y Julián López M.: *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I (Editorial Jurídica de Chile, 2002), p. 28.

³⁶ Artículo 40 bis, incorporado por la Ley N° 19.131 (*Diario Oficial* del 8 de abril de 1992).

³⁷ *Boletín de Sesiones del Senado*, sesión 6ª de 1991, p. 487 (no consta la fecha exacta).

ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA: ANTECEDENTES DEL DEBATE*

Se recogen en este *dossier* antecedentes (sentencias judiciales, declaraciones y opiniones) de la discusión que ha suscitado en nuestro país el uso del anticonceptivo Levonorgestrel (conocido como la “píldora del día después”), por los efectos que este fármaco podría tener en el proceso de implantación del embrión humano:

20° Juzgado Civil de Santiago:	Sentencia del 30 de junio de 2004	362
Facultad de Medicina, PUC:	Declaración (20 de mayo de 2004)	397
Horacio B. Croxatto y Fernando Zegers:	“Anticoncepción de emergencia, ciencia y moral” (16 de mayo de 2004).	400
Corte Suprema:	Sentencia del 30 de agosto de 2001	402
Corte de Apelaciones:	Sentencia del 28 de mayo de 2001	409

* Respecto a la discusión sobre el uso del Levonorgestrel, véanse asimismo en esta edición los artículos de los doctores Fernando Zegers y Enrique Oyarzún, y de los profesores de derecho Antonio Bascuñán Rodríguez y Arturo Fermandois.

SENTENCIA QUE ANULA RESOLUCIÓN
DEL INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA

20° Juzgado Civil de Santiago

[Sentencia del 30 de junio de 2004, Rol N° 5.839-2004, que declara nula de derecho público la resolución N° 7.224 del Instituto de Salud Pública, del 24 de agosto de 2001, que había permitido la venta del fármaco Postinor-2, producto elaborado en base a Levonorgestrel 0,75 mgr.]

VISTOS:

Comparece don Juan Enrique Jara Opazo, estudiante, en representación del Centro Juvenil Ages, persona jurídica de derecho municipal, ambos con domicilio para estos efectos en Huara-Huara N° 1731, Las Condes; quien viene en deducir demanda en juicio ordinario de declaración de nulidad del acto administrativo, en contra del Instituto de Salud Pública de Chile (en adelante ISP), persona jurídica de derecho público, representada por su Director, don Pedro García A., ambos con domicilio en Avenida Maratón N° 1000, comuna de Ñuñoa.

Funda su demanda, en que el Instituto de Salud Pública de Chile ha generado una situación de manifiesta ilegalidad e inconstitucionalidad, al desconocer el derecho a la vida de los concebidos y no nacidos; atendido al hecho de que la resolución administrativa del Instituto de Salud Pública autorizó al Laboratorio Grünenthal Chilena Ltda., para comercializar el producto denominado Postinor-2, mediante el registro F-8527/01.

Agrega, que el Levonorgestrel 0,75, elaborado por el laboratorio ya señalado se encuentra a la venta de las diversas cadenas de farmacias, no obstante la Corte Suprema, en sentencia de fecha 30 de agosto del año 2001, declaró que el aludido principio activo amenaza el derecho a la vida del concebido y no nacido; y para cuya claridad reproduce algunos de los considerandos de dicha sentencia, en el que se hace referencia a normas legales y constitucionales atinentes al caso; estableciéndose en su considerando vigésimo “Que, cualquiera que hayan sido los fundamentos y consideraciones que tuvieran en vista las autoridades recurridas para autorizar la fabricación y comercialización del medicamento denominado “Postinor-2” con contenido 0,75 mg. de la hormona de síntesis Levonorgestrel, uno de cuyos posibles efectos es el de impedir la implantación en el útero materno del huevo ya fecundado, esto es, del embrión, han incurrido en una ilegalidad puesto que tal efecto es a la luz de las disposiciones constitucionales, legales y convencionales analizadas precedentemente, sinónimo

de aborto penalizado como delito en el Código Penal y prohibido aún como terapéutico, en el Código Sanitario”.

En el citado fallo, se revocó la sentencia apelada de fecha 28 de mayo del año en curso, escrita a fojas 850 y se acogió los recursos de protección de fojas 17, 319, 379 y 411, restableciéndose el imperio del derecho a la vida del que está por nacer, dejándose sin efecto la resolución N° 2141 de fecha 21 de marzo del año 2001, del Instituto de Salud Pública que concedió el Registro Sanitario al fármaco denominado “Postinal” y elaborado sobre la base de la droga “Levonorgestrel”.

Agrega, que no obstante la decisión de la Corte Suprema, el Instituto de Salud Pública, autorizó al Laboratorio Grünenthal Chilena Ltda., la comercialización del producto denominado Postinor-2, que se encuentra elaborado en base al principio activo Levonorgestrel 0,75; por lo que la única diferencia que existe entre el anticonceptivo de emergencia prohibido por la sentencia de la Corte Suprema y el autorizado para su comercialización, es su nombre de fantasía; lo que lo convierte en un producto peligroso que puede conculcar el derecho a la vida; y en donde la demandada no modificó o reconsideró el permiso de venta, sin que nadie discuta su composición química. A mayor abundamiento, con los antecedentes aportados por el propio Instituto de Salud Pública, se reconoció como potencialmente abortiva; incurriéndose en una ilegalidad. Por otra parte, sostiene que no resulta coherente que siendo la demandada, un servicio público descentralizado, no haya dispuesto en forma urgente el retiro del mercado de un producto abortivo; atendida la especial protección en nuestro ordenamiento jurídico del nasciturus, es decir del concebido no nacido.

Como fundamentos jurídicos de la acción impetrada, la demandante hace una relación de todo el estatuto jurídico del embrión humano en nuestro país; para lo cual cita el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República; el artículo 4° de la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del Niño; en cuya virtud la actuación de la demandada estaría desconociendo la función esencial que cumple la Constitución, cual es establecer límites al poder. Luego, en el ámbito del derecho civil, cita el artículo 75 del Código Civil, en el que se le reconoce al concebido no nacido un estatuto jurídico, que lo hace digno de protección jurídica. En base a estas consideraciones, el actor cita una serie de juristas que equiparan la condición del que está por nacer y del ya nacido.

Asimismo, cita la doctrina que habría adoptado la Contraloría General de la República en este sentido; afirmado por el Dictamen N° 25.403 del 21 de agosto de 1995, en el que se declaró que la violencia ejercida contra

una mujer embarazada en los términos de la Ley 19.123, tuvo como consecuencia la interrupción de la vida intrauterina, lo que constituiría a la criatura en víctima de violación de los derechos humanos.

Es del caso, que según expresa todas las normas sobre protección de la vida del embrión están en estrecha vinculación con el artículo 5° de la Ley Orgánica del Instituto de Salud Pública, dispone que las funciones señaladas en el artículo anterior deberán ejercerse con estricta sujeción a las disposiciones legales y reglamentarias relativas a la materia a que se refieren, y de acuerdo con las políticas, normas, planes y programas generales aprobados por el Ministerio de Salud. Por otra parte, señala que no debe dejar de analizarse que el ISP autorizó el denominado Postinor-2 contradiciendo sus anteriores decisiones, en abierta infracción a la doctrina de los actos propios; la que es una expresión del principio general de la buena fe, y ello obliga a una conducta leal, honesta y con apoyo en la moral; en este sentido la conducta adoptada por el ISP, no obstante tener pleno conocimiento del efecto abortivo del Levonorgestrel, es contraria a la buena fe.

En el ámbito médico científico a la droga en cuestión se le imputan graves repercusiones, especialmente en un país como Chile, que no reconoce la figura del aborto legal. A mayor abundamiento, ha sido el propio ISP, quien al informar los recursos de protección, trató de justificar su actuación administrativa, con la circunstancia de que en la etapa previa a la implantación del ovocito no habría vida. Agrega, que si el ISP tuviera dudas sobre su posible efecto abortivo, necesariamente se debe aplicar en favor de los concebidos y no nacidos el principio “pro vida”; resultando desproporcionado destruir el referido principio, por lo que cualquier cuestionamiento científico debe ser interpretado con un criterio que beneficie a los derechos humanos y el citado principio.

Ahora, esta parte sostiene que la demandada no ha procedido en forma correcta, al no exigir a los laboratorios que han tratado de comercializar la píldora en nuestro país, los antecedentes técnicos que comprueben que ella no afecta al embrión; lo que se explicaría desde la perspectiva que en los países donde está autorizada la venta del referido fármaco, el aborto está legalizado.

En cuanto a la nulidad de derecho público, esta parte analiza tanto el principio de juridicidad y la nulidad de derecho público propiamente tal.

En cuanto al principio de juridicidad señala que el profesor Eduardo Soto Kloss, quien define dicho principio como la sujeción integral a derecho de los órganos del Estado tanto en su ser como en su obrar. Ahora, uno de los ámbitos en que este principio adquiere proyección, es en los actos de

la administración, por lo que si la actuación de los órganos del Estado se sustenta en una autorización o habilitación jurídica previa y expresa y si dicha actuación se ajusta a la forma prescrita por la ley, al procedimiento justo y racional.

Por otra parte, la demandante hace una relación de las características que presenta la nulidad de derecho público y su consagración expresa en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, resultando evidente que la autorización administrativa de un producto que amenaza la vida del embrión constituye una desviación de poder que sólo es subsanable con la declaración de nulidad de derecho público; dicho de otra forma el Instituto de Salud Pública no tiene competencia para haber autorizado el registro de productos que amenacen o atenten contra el derecho a la vida. En otro sentido, la sanción de la nulidad es de derecho público, por lo que les afecta ipso iure, de pleno derecho y consecuentemente, de modo insaneable e imprescriptible; según lo expresa el profesor Eduardo Soto Kloss.

Asimismo, la demandada al autorizar la comercialización del producto, ha generado además otra causal de nulidad de derecho público, fundada en la infracción a la garantía de igualdad que reconoce la Constitución en el artículo 19 N° 2 de la Constitución. Ahora, según el ISP, después del fallo de la Corte Suprema sólo se encontraría prohibido el “postinal”, y no de otros productos producidos en base a Levonorgestrel 0,75, como lo es el Postinor-2. Sin embargo, esta tesis no se ajusta a la correcta interpretación que cabe asignar al artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental, resultando una exégesis no razonable, excesiva y antijurídica, además de abiertamente discriminatoria en contra de los embriones humanos. Desde otro punto de vista, no es la Constitución, sino el intérprete constitucional el llamado a buscar el criterio racional sobre la licitud o ilicitud de las diferencias que en determinadas situaciones se puedan establecer; por lo que siguiendo con este análisis deberá declararse la nulidad de derecho público, ya que no se encuentra justificada de ninguna forma las consideraciones que permiten dar un trato diferente a situaciones de hecho. Añade, que la discriminación que está realizando el ISP, al no proteger a los embriones humanos frente a la “segunda píldora del día después”, está en abierta contradicción con el criterio que sobre la igualdad ante la ley mantienen nuestros órganos de control de la constitucionalidad, configurando una hipótesis de nulidad de derecho público; estos órganos serían tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema, en especial esta última cuya interpretación abiertamente riñe con la tesis sostenida por la demandada.

Sin perjuicio, de la manifiesta antijuridicidad en que se ha situado el Instituto de Salud Pública, se hace más evidente si se repara que el demandado no ha procedido a dejar sin efecto la autorización dada para el Postinor-2, haciendo uso de la potestad anuladora o invalidatoria. A mayor abundamiento, tal y como lo describe el Dictamen 44.492, de 20 de julio del año 2000, el que dispone que “No es sólo facultad sino deber de todo Órgano Administrativo el de invalidar sus actos administrativos contrarios al principio de juridicidad”. Agrega, que aunque este dictamen se basta a sí mismo, vale la pena señalar que este mismo criterio jurisprudencial de la Contraloría se ha venido enunciando de un modo reiterado en el tiempo, señalando con tal fin algunos ejemplos. Señala, que de ninguna forma se ajusta a derecho, que amparado bajo la excusa formal de una falta de identidad en los nombres de un determinado producto (Postinol/Postinor-2), no se hayan adoptado por el ISP las medidas para impedir comercializar todo producto que contiene el principio activo “Levonorgestrel” 0,75, resultando nula de derecho público la autorización concedida en tal sentido al Laboratorio Grünenthal.

Atendido lo razonado precedentemente, la nulidad de derecho público parece la única solución razonable, sobre todo cuando existe un corpus normativo que no deja dudas que nuestro ordenamiento jurídico se concede a la vida, desde el instante mismo de la concepción, sin discriminar si el embrión se implantó en el útero; por lo que para no caer en un absurdo jurídico, y a fin de evitar la pérdida de la vida de tantos inocentes se hace necesaria la declaración de nulidad de derecho público.

Con el objeto de ilustrar a S.S.; el actor reproduce diferentes conceptos científicos que son atinentes a la materia que está siendo sometida a su conocimiento.

Finalmente sostiene, que por intereses de todo tipo se ha buscado modificar jurídica y culturalmente el concepto de aborto, para crear artificialmente una zona de desprotección para los embriones humanos. Esta realidad explica por qué en la literatura científica no es infrecuente que para referirse a la muerte de un embrión humano no siempre se califique tal acto de aborto. La desinformación sistemática y el reduccionismo semántico que algunos han intentado instalar, lo que ha permitido que en otros países los embriones humanos sean privados de sus derechos fundamentales, afortunadamente fue rechazado por la Corte Suprema, dejando en claro que en nuestro ordenamiento la protección de la vida del embrión opera desde el instante mismo de la concepción.

Por lo expuesto y previa cita de normas legales, solicita tener por deducido en juicio ordinario acción de nulidad de derecho público, en

contra del Instituto de Salud Pública de Chile, acogerla a tramitación y en definitiva declarar:

1.- Que, son nulos de derecho público los permisos o resoluciones dictadas por el Instituto Público de Chile, materializadas en el registro ISP F-8527/01, que ha permitido la venta o comercialización de la “píldora del día después”, elaborada en base al principio activo Levonorgestrel 0,75 (LNG).

2.- Que, los actos administrativos que aprobaron la comercialización de la “píldora del día después” son nulos de derecho público, por contravenir el derecho a la vida del que está por nacer.

3.- Que, se condene en costas a la parte demandada. Que, a fojas 84 don Luis Brito Rosales y don Alfredo Montecinos Soto, en representación del Instituto de Salud Pública de Chile, persona jurídica de derecho público, encontrándose dentro de plazo legal viene en contestar la demanda intentada en su contra, realizando una serie de alegaciones, a fin de que ella sea rechazada. En primer lugar, señala que en virtud del artículo 4 y 6 del Código de Procedimiento Civil, les parece que la titularidad de quienes demandan, es una organización municipal que se atribuye la representación de “toda mujer” o del “concebido y no nacido” que pudieran ser víctimas de esta píldora, carecen de este requisito de comparecencia. A mayor abundamiento y según lo establece el artículo 1° y 2° de la Ley 19.418; el demandante debe circunscribir su acción sólo a la comuna en la cual registró su personalidad jurídica, por cuanto sólo puede representar intereses específicos de la comunidad dentro del territorio de la comuna; lo que significa que el demandante no puede ejercer acciones que excedan el ámbito de su competencia y respecto de la cual carece de representación. En este sentido, corresponde que S.S. declare que la demanda se ha interpuesto por un representante que con ello ha excedido las posibilidades de actuación de su propio poderdante, lo que va más allá del ámbito propio de la delegación que se le confiere para estos efectos, en el marco del tenor del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil.

Agrega, que si bien el presidente de las corporaciones o fundaciones, en virtud del artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, se entenderán autorizados para litigar en su nombre, el límite de la representación será siempre el marco de atribuciones de tales corporaciones o fundaciones.

Señala, que con fecha 9 de enero del año 2001 y al amparo de las normas legales y reglamentarias en actual vigencia, se ingresó a la oficina de partes del Instituto de Salud Pública de Chile, la solicitud de registro del producto farmacéutico Postinor-2 comprimidos 0,75 mg., presentada por

Grünenthal Chilena Ltda., cuyo principio activo es Levonorgestrel y propuesta con clasificación de anticonceptivo de emergencia.

De manera que la demandada en cumplimiento de sus obligaciones legales, sometió a la evaluación correspondiente la solicitud señalada anteriormente. El Instituto ponderó el mérito de la petición de acuerdo a sus facultades y estado de la ciencia actual, resultando positiva la evaluación concerniente a las propiedades farmacéuticas, farmacológicas, toxicológicas, clínicas y terapéuticas del producto, motivos por los cuales se resolvió autorizar su inscripción en el Registro Nacional de Productos Farmacéuticos, en las condiciones descritas en la Resolución N° 7224, de fecha 24 de agosto del año 2001, conforme a las facultades del Decreto Supremo N° 1876 y Decreto Ley 2763.

Luego, la parte denunciada reseña en forma permenorizada los conceptos de fertilización y desarrollo prenatal, específicamente la implantación, para cuyo objeto describe las funciones que desempeñan las hormonas. En este sentido, los estrógenos y la progesterona son hormonas cuya producción controlada y cíclica es exclusiva del ovario, desempeñando una función vital en la preparación del tracto reproductor femenino para la recepción del esperma y la implantación del óvulo fertilizado. La progesterona es secretada por el ovario justo antes de la ovulación, desde el folículo destinado a liberar el óvulo; de esta forma, la progesterona liberada durante esta fase, lleva el desarrollo de un endometrio secretor, el que cada mes engrosará sus paredes preparándose para la anidación del óvulo fecundado; así la declinación abrupta de la liberación de progesterona al final del ciclo menstrual, es el principal determinante del comienzo de la menstruación o la descamación del endometrio en forma de una pérdida sanguinolenta por la vía vaginal.

Añade, que si se administra progesterona en forma artificial, se producen cambios en el endometrio similares a los observados al comienzo de la gestación. La progesterona también influye sobre las glándulas del cuello cervical y modifica la abundante secreción acuosa de las estructuras estimuladas por el estrógeno, dando un escaso material viscoso. De esta manera, si el óvulo es fertilizado, la implantación se produce unos siete días después, en los que los estrógenos y la progesterona hacen posible que prosiga la gestación. Asimismo, los efectos de la progesterona para mantener el embarazo han llevado a la utilización de los progestágenos para prevenir la amenaza de aborto natural en mujeres con insuficiencias o dificultades para sostener un embarazo.

Señala, que las principales formas de anticonceptivos orales consisten en una combinación de un estrógeno más una hormona derivada de la

progesterona (progestágeno) o de progestágenos solos. Los anticonceptivos combinados se administran todos los días durante 3 semanas y se descansa una cuarta. Los progestágenos solos se dan en pequeñas dosis todos los días y se recomiendan cuando los estrógenos están contraindicados, por ejemplo, durante la lactancia. Los progestágenos utilizados en los anticonceptivos orales son: Levonorgestrel, desogestrel, norgestinato, noretidrona, acetato de noretidrona y diacetato de etinodiol.

El Levonorgestrel como anticonceptivo es una progestina completamente sintética y biológicamente activa, utilizado como principio activo en más del 70% de los anticonceptivos que se comercializan a nivel nacional y mundial, y que no presenta actividad estrogénica significativa.

En consecuencia dos son los mecanismos del Levonorgestrel, en la prevención del embarazo; en primer lugar, inhibición de la ovulación (anovulación) y en segundo lugar, cambios en el mucus cervical, que impiden la migración de los espermatozoides y la consecuente fertilización. Indica, que la anticoncepción de emergencia se refiere al uso de hormonas en las primeras 72 horas tras un único coito sin protección a mitad del ciclo; a diferencia de que anteriormente se administraban en altas dosis de estrógenos durante 5 días, pero tenía varios efectos adversos; al igual que la administración de dos comprimidos de un anticonceptivo oral que contenía 50 mcg de Etinilestradiol (estrógenos) y 0,5 mg. de Norgestrel (progestágenos), seguido de dos comprimidos más a las 12 horas es igual de eficaz, pero también tiene efectos adversos. En consecuencia, la administración de dos dosis de Levonorgestrel 0,75 mg., separadas 12 horas, ha mostrado mayor efectividad que las anteriores, y con una menos incidencia de efectos adversos.

En cuanto a los efectos de la anticoncepción de emergencia, el conocimiento actual sólo permite tener certeza científica respecto de que sus efectos consisten en modificar las condiciones para impedir la unión del espermatozoide al óvulo, y que en caso alguno afecta al óvulo fecundado.

A su respecto la Organización Mundial de la Salud, al referirse a las píldoras anticonceptivas de emergencia, recomienda el uso del Levonorgestrel 0,75 mg., entre otras, para evitar el embarazo tras un coito practicado sin protección; manifestando a ese respecto que nunca se deben administrar estas píldoras a una mujer con un embarazo confirmado.

En definitiva, desde la perspectiva del conocimiento científico actualmente disponible, se deben distinguir etapas perfectamente diferenciadas en los procesos previos al nacimiento de un individuo; iniciándose en primer lugar con la producción de espermatozoides y ovulación en la mu-

www.cepchile.cl

jer; en segundo lugar, la inseminación o fertilización del óvulo; en tercer lugar la implantación o anidación del óvulo fertilizado en el útero de la mujer; en cuarto lugar, el surgimiento del embrión y posteriormente del feto; y finalmente el parto o nacimiento. Ahora, respecto al principio activo Levonorgestrel, como anticonceptivo de emergencia, existe certeza científica únicamente respecto de los dos primeros. Por otro lado, sostiene que nuestra legislación eleva a la categoría de bien jurídico protegido la vida de los individuos de la especie humana. En materia civil, la vida del que está por nacer transcurre entre la concepción y el nacimiento, defiriéndosele derechos eventuales, producido que sea su nacimiento y protegiendo a todo evento sus derechos mientras se encuentre en la situación de no nato. Sin embargo, y pese a la presunción que establece el artículo 76 del Código Civil; el artículo 55 del mismo cuerpo legal aporta antecedentes que permiten acotar el debate sobre la concepción. Señala, que en el evento que el óvulo se encuentre fertilizado, no se puede hablar de un individuo que está por nacer, ya que mientras la madre no haya establecido un vínculo orgánico y biológico, que le permitirá proporcionarle nutrientes indispensables para su evolución y desarrollo, no ha surgido, desde el punto de vista legal, un individuo que está por nacer. Señala, que, en materia penal, la vida del que está por nacer se protege por la vía de establecer el tipo penal aborto, en conformidad a los artículos 343 a 345 del Código Penal, añadiendo que en su mayoría los tratadistas sostienen que se debe proteger el producto de la concepción en cualquier etapa de la vida intrauterina que recorre el período que va desde la anidación del huevo fecundado hasta el nacimiento; por lo que antes de la anidación existe un huevo cuya viabilidad depende de diversos factores que no son posibles de determinar. En este sentido, la demandada cita al profesor Juan Bustos Ramírez, en su “Manual de Derecho Penal. Parte Especial”, en el que señala que sólo la anidación del óvulo implica una certeza en el desarrollo de la vida humana y que un medio que impida la anidación no podrá considerarse abortivo; pues todavía no se da el objeto de protección correspondiente.

En cuanto a que la sola comercialización de un anticonceptivo post-coital constituiría un atentado al artículo 4.1 de la Convención Americana, que protege la vida a partir del momento de la concepción; sostiene que no constituye un aborto y así quedó en evidencia por la propia Comisión de Derechos Humanos en la Resolución N° 23/81, en su considerando 30, caso 2141, conocido como Baby Boy, del 6 de marzo de 1981; estableciéndose una fórmula general dejando a cada Estado en la más absoluta libertad para normar constitucional o legalmente, el momento que a su juicio se produce la concepción.

A juicio de la autoridad sanitaria que representan, resulta prioritario indicar el marco jurídico en el que se insertan sus facultades y atribuciones. De esta forma, el Decreto Ley N° 2.763 de 1979, que reorganiza el Ministerio de Salud y crea los servicios de salud; el Fondo Nacional de Salud; el Instituto de Salud Pública de Chile y la Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud dispone en su artículo 37 letra b) que serán funciones de este instituto el ejercer las actividades relativas al control de calidad de medicamentos, alimentos de uso médico y demás productos sujetos a control sanitario y que comprende, entre lo que les interesa, las funciones de registrar medicamentos y demás productos sujetos a estas modalidades de control; controlar las condiciones de internación, exportación, fabricación, distribución, expendio y uso a cualquier título, como, asimismo, la propaganda y promoción de los mismos productos, en conformidad con el reglamento respectivo.

Por su parte, el Código Sanitario dispone en su artículo 94 que el Instituto de Salud Pública de Chile, será la autoridad encargada en todo el territorio nacional del control sanitario de los productos farmacéuticos y cosméticos y de velar por el cumplimiento de las disposiciones que sobre la materia se contienen en dicho código y sus reglamentos.

Ahora, un Reglamento contendrá las normas de carácter sanitario sobre producción, registro, almacenamiento, tenencia, distribución, venta, e importación, según corresponda y las características de los productos farmacéuticos, cosméticos y alimenticios. En conformidad a las disposiciones legales, el citado reglamento se tradujo en el Decreto Supremo N° 1.876 de 1995, el que dispone en su artículo 4 letra d) que “Registro: es la inscripción en un rol especial, con numeración correlativa que mantiene el Instituto, de un producto farmacéutico, alimento de uso médico cuando corresponda o cosmético, una vez que ha sido sometido a un proceso de evaluación por la autoridad sanitaria, previo a su distribución y comercialización en el país”. Concepto del cual esta parte ha podido colegir que el registro sanitario es, un bien incorporal, que constituye el objeto del derecho de propiedad de una persona natural o jurídica, y en la que para la aprobación o denegación de un registro sanitario, no se contempla su cancelación por causales distintas a las señaladas en el artículo 13 y siguientes del Decreto Supremo 1.876.

En lo que dice relación a la imputación de ilegalidad, debe tenerse presente según esta parte en análisis normativo sustantivo, lo que hace concluir que la institución demandada ha obrado dentro de las facultades que el ordenamiento jurídico vigente les otorga. De esta manera y según los artículos 1, 4 y 11 del Reglamento del Sistema Nacional de Control de

Productos Farmacéuticos, Alimentos de Uso Médico y Cosméticos; el Instituto de Salud Pública no autoriza la comercialización de un producto sino que emite un pronunciamiento sanitario sobre un determinado medicamento.

Luego, atendidas las características del producto Postinor-2 comprimidos 0,75 mg. de Levonorgestrel; sometido a tramitación de solicitud de registro sanitario, este es considerado de acuerdo al artículo 30 como producto farmacéutico nuevo, toda vez que presenta una modificación en la composición y concentración de los principios activos de una fórmula ya registrada, y faculta al Instituto a recabar los informes indicados en el artículo 31 del Decreto Supremo 1876/1995; de manera que una vez efectuada la evaluación, este Instituto se pronunció, otorgando el registro sanitario N° F-8527-01, conforme a lo señalado en el párrafo 5° del Título II del mismo cuerpo reglamentario. Así otorgado el registro, el procedimiento administrativo de evaluación de un producto farmacéutico para efectos de su registro sanitario, ha obrado conforme al principio de vinculación positiva a que se someten los órganos del Estado. Tan legal ha sido la actuación del ISP, que la Contraloría General de la República, en su dictamen N° 36.758 de 20 de septiembre del año 2002, señaló que no se advierte en ese procedimiento, la existencia de algún vicio que permita sostener que la actuación del Instituto de Salud Pública no se ha ajustado a derecho.

En cuanto a la protección legal de la vida del que está por nacer, resulta de un mandato constitucional en conformidad al artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República. En este sentido, resulta de toda evidencia que no existe una definición inequívoca emanada del constituyente mismo que defina la vida del que está por nacer. Por su parte, las normas contempladas en la legislación penal, siempre ha considerado a la vida del que está por nacer objeto de protección; sin embargo y pese al desarrollo de la ciencia, las normas penales y civiles han permitido la citada protección sin modificar la legislación; ya que fácil habría resultado definir la concepción, es decir el inicio de la vida del que está por nacer, en una norma de rango constitucional, a cada avance del conocimiento científico. Esta sabia política y doctrina, de dejar al legislador la definición legal del momento de la concepción, lo que terminó de imponerse en el debate del constituyente de 1980, lo que se desprende del texto expreso de la Constitución, al establecer “La ley protege la vida del que está por nacer”, cual idéntica redacción tiene el artículo 75 del Código Civil.

Tanto la ley civil como la ley penal establecen tres requisitos indispensables para conceptualizar la concepción, el nasciturus o el inicio de la vida del que está por nacer, a saber: la existencia de un óvulo humano

fecundado, por un espermatozoide humano, la presencia de una mujer y la existencia indubitada de vínculos materiales biológicos y orgánicos entre el óvulo fecundado y la mujer; requisitos o condiciones que se dan solamente en el momento en que se produce la anidación o implantación. Por otra parte, sostiene que resulta completamente indispensable distinguir entre fármacos anticonceptivos y fármacos abortivos; ya que estos últimos no podrían ser registrados ni aprobados por esta autoridad sanitaria, ni siquiera en el evento de que fuese científicamente acreditable como seguro, eficaz y de calidad en su fabricación; e insiste que “EL FÁRMACO CUYO REGISTRO SE CUESTIONA, ES ERICTAMENTE ANTICONCEPTIVO Y NO ABORTIVO”.

Ahora, el producto farmacéutico cuyo registro se solicita, no es abortivo de forma tal que no puede estimarse que su consumo pueda resultar en violencia psíquica o física de una mujer. Agrega, que resulta un hecho evidente que una autorización de comercialización a nadie obliga a comprar, menos a consumir el producto farmacéutico en cuestión; por lo que la persona que se sienta violentada en sus más íntimas convicciones, está en completa libertad de no consumirlo.

Finalmente sostiene y destaca el efecto relativo de las sentencias al sostener que el alcance el fallo emanado por la Excelentísima Corte Suprema dice relación con la resolución N° 2141 del 21 de marzo del año 2001, que deja sin efecto esa resolución emanada del Instituto de Salud Pública de Chile que concedió el Registro Sanitario al fármaco denominado “postinal” y no se pronunció en términos generales y absolutos prohibiendo la circulación y comercialización de fármacos con contenido de la droga Levonorgestrel en la dosificación 0,75 miligramos.

Por lo expuesto, y previa cita de normas legales solicita tener por contestada la demanda de autos, y en definitiva rechazarla en todas sus partes, con costas.

Que, a fojas 145 la parte demandante viene en evacuar el trámite de la Réplica; en el que se realizan todo tipo de alegaciones tendientes a desvirtuar los argumentos sostenidos en la defensa de la demandada, en especial en lo relativo a la falta de la titularidad de la acción; pero además en lo que dice relación con el fondo de la acción deducida, sostiene que la demanda ha intentado fijar artificialmente el inicio de la vida humana para tratar de justificar la validez de los actos administrativos impugnados. A mayor abundamiento, sostiene que la tesis sustentada por la demandada es abiertamente contradictoria, al señalarse que el nasciturus no sería sujeto de derecho mientras no se implante. Por otra parte, reitera la incoherencia que involucra distinguir entre embriones implantados y los no implantados, incurriéndose en diferencias arbitrarias, contrarias al artículo 19 N° 2 de la

Carta Fundamental. Siguiendo este análisis, el actor en estos autos profundiza sobre el rol de la Corte Suprema en la protección de las garantías constitucionales y el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada. En cuanto al efecto relativo de la sentencia, sostiene que éste no puede llevar a desconocer que resulta nocivo que un órgano público, a quien el máximo órgano jurisdiccional le indica con claridad el alcance de una garantía constitucional, se empeñe en mantener una discriminación de trato para los embriones humanos. Finalmente, desarrolla todo un análisis desde cuándo comienza la vida, tanto desde el punto de vista genético como biológico.

Que, a fojas 299, la demandada viene en evacuar el trámite de la dúplica; repitiendo algunas de las alegaciones efectuadas en la contestación de la demanda; reiterando que el fallo emanado de la Corte Suprema de fecha 21 de diciembre del año 2001, no prohíbe la circulación ni la comercialización de un producto farmacéutico que contenga como principio activo el Levonorgestrel en dosis de 0,75 mg. Así también se destaca que cada vez que el legislador ha concedido acción popular para accionar lo ha dicho en forma expresa, sin que en la especie esto haya acontecido. Que, a fojas 312, se llevó a efecto el comparendo de estilo. Llamadas las partes a conciliación, esta no se produce. Que, a fojas 326, se recibió la causa a prueba fijándose los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que deben probarse. Que, a fojas 1352, se citó a las partes a oír sentencia.

CONSIDERANDO: SOBRE LA OBJECCIÓN DE DOCUMENTOS:

Primero: Que, en su presentación de fojas 415, la parte demandada objetó los documentos acompañados por la demandante en su presentación de fojas 412, por tratarse de meras impresiones de una página web, no constando su autenticidad, de que emanen de la persona que dice ser su autora.

Segundo: Que, del análisis de la objeción realizada, tratándose de un documento correspondiente a un equivalente a una fotocopia, no ha lugar, por no fundamentarse en causa legal de impugnación, sin perjuicio de su valor probatorio.

Tercero: Que, a fojas 1050, el demandante en estos autos, objetó los instrumentos privados acompañados por los terceros coadyuvantes, en su presentación de fojas 678; por carecer estos de reconocimiento y siendo instrumentos privados, no tienen mérito alguno; más aún, si los que concurren en su otorgamiento no han declarado como testigos en el juicio.

Cuarto: Que, no correspondiendo las argumentaciones señaladas, a causales de objeciones establecidas por el legislador, se rechazan en cuanto tal, sin perjuicio del valor probatorio de los mismos.

SOBRE LAS TACHAS:

Quinto: Que, a fojas 579 se formuló tacha en contra del testigo, señor Fernando José Benjamín Orrego Vicuña, fundada en el artículo 358 N° 6, esto es por carecer de la imparcialidad necesaria para declarar en este juicio, teniendo un interés directo en su resultado, cual es la cancelación del Registro Sanitario del producto Postinor-2. Por el contrario, la parte demandada solicitó su total rechazo por no concurrir en la especie, los requisitos para que ella sea procedente.

Sexto: Que, del estudio de las respuestas de tacha formuladas al testigo, resulta evidente que éste no manifiesta tener un interés patrimonial, ya sea directo o indirecto en el juicio; condición que han exigido nuestros Tribunales superiores de Justicia, para acoger la citada tacha, razón por la que ella deberá ser rechazada.

SOBRE EL FONDO:

Séptimo: Que, don Juan Enrique Jara Opazo, en representación del Centro Juvenil Ages, viene en deducir demanda en juicio ordinario de declaración de nulidad de derecho público; a fin de obtener su declaración en contra de los permisos o resoluciones dictadas por el Instituto Público de Chile, materializadas en el registro ISP F-8527/01, que ha permitido la venta o comercialización de la “píldora del día después”, elaborada en base al principio activo Levonorgestrel 0,75 (LNG); además de que los actos administrativos que aprobaron dicha comercialización son nulos de derecho público, por contravenir el derecho a la vida del que está por nacer, el derecho de igualdad y la salud síquica y física de la mujer; acción que se ha dirigido en contra del Instituto de Salud Pública de Chile (en adelante ISP), persona jurídica de derecho público, representada por su Director, don Pedro García A.; con expresa condenación en costas.

Octavo: Que, don Luis Brito Rosales y don Alfredo Montecinos Soto, en representación del Instituto de Salud Pública de Chile, viene en contestar la demanda intentada en su contra, solicitando su total rechazo, con costas. En primer lugar, sostiene que en virtud del artículo 4 y 6 del Código de Procedimiento Civil, la demandante es una organización municipal, y que en consecuencia carece de los requisitos de comparecencia; y que en virtud del artículo 1° y 2° de la Ley 19.418, el actor debe circunscribir su acción sólo a la comuna en la cual registró su personalidad jurídica.

En segundo lugar, sostiene que la anticoncepción de emergencia, el conocimiento actual sólo permite tener certeza científica respecto de que sus efectos consisten en modificar las condiciones para impedir la unión del espermatozoide al óvulo, y que en caso alguno afecta al óvulo fecundado. A mayor abundamiento, en el evento que el óvulo se encuentre fertili-

zado, no se puede hablar de un individuo que está por nacer, ya que mientras la madre no haya establecido un vínculo orgánico y biológico, que le permitirá proporcionarle nutrientes indispensables para su evolución y desarrollo, esto sólo se presenta una vez producida la anidación, por lo que antes de ese acontecimiento no habría surgido, desde el punto de vista legal, un individuo que está por nacer.

En tercer lugar, realiza un análisis sobre la normativa reglamentaria, legal y constitucional, en relación al caso de marras, concluyendo que el acto administrativo impugnado no adolece de algún vicio que ocasione la nulidad solicitada.

Y por último, destaca el efecto relativo de las sentencias al sostener que el alcance de un fallo emanado por la Excelentísima Corte Suprema, el que dejó sin efecto la resolución N° 2141 del 21 de marzo del año 2001, emanado del Instituto de Salud Pública de Chile; no produce efectos generales y absolutos, prohibiendo la circulación y comercialización de fármacos con contenido de la droga Levonorgestrel en la dosificación 0,75 miligramos.

Noveno: Que, antes de circunscribir los hechos materia de autos, es menester dejar claramente establecido, que los hechos que han sido sometido a conocimiento de este Tribunal y sobre los cuales éste tendrá que decidir, se circunscribirán únicamente a la controversia jurisdiccional, esto es, la Nulidad de Derecho Público, situación a la que se abocará esta sentenciadora prescindiendo de cualquier convicción de tipo religioso o contingente y una vez analizados con respecto al mérito de los antecedentes y probanzas rendidas, y habiendo adquirido la convicción o convencimiento sobre el hecho controvertido, aplicará el derecho a la situación prevista.

Décimo: Que, son hechos no controvertidos los siguientes:

1.- Que, con fecha 9 de enero del año 2001, se ingresó a la Oficina de Partes del Instituto de Salud Pública de Chile, la solicitud de registro del producto farmacéutico Postinor-2, presentada por el laboratorio Grünenthal Chilena Ltda.

2.- Que, con fecha 24 de agosto del año 2001, por Resolución del Instituto de Salud Pública se ordenó inscribir en el Registro Nacional de Productos Farmacéuticos, Alimentos de Uso Médico y Cosméticos bajo el N° F-8527/01, el producto farmacéutico Postinor-2 Comprimidos 0,75 mg., a nombre de Grünenthal Chilena Ltda., para los efectos de su importación y venta en el país, fabricado y procedente de Fábrica de Productos Químicos Gedeon Richter S.A., Hungría.

3.- Que, cada comprimido de la fórmula aprobada del citado producto contiene Levonorgestrel 0,75 mg.

4.- Que, la indicación aprobada para este producto es “Anticonceptivo de emergencia, indicado dentro de un lapsus de 72 horas después de una relación sexual donde el método anticonceptivo ha fallado...”.

Undécimo: Que, antes de entrar a analizar el problema de fondo, resulta indispensable pronunciarse sobre la falta de legitimidad activa alegada por la demandada; fundada en que la demandante es una organización municipal, y que en consecuencia carece de los requisitos de comparecencia, por lo que de acuerdo a la Ley 19.418, el actor debe circunscribir su acción sólo a la comuna en la cual registró su personalidad jurídica; no pudiendo pretender representar a “toda mujer”, como tampoco a la “criatura que está por nacer”. En este sentido el artículo 2º de la ley en comento establece que la organización comunitaria funcional, es aquella con persona jurídica sin fines de lucro, que tiene por objeto promover valores e intereses específicos de la comunidad dentro del territorio de la comuna o agrupación de comunas. Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, resulta indispensable destacar el objeto de la acción impetrada en autos; cual es si no solicitar la declaración de una nulidad de derecho público, atendida la infracción de ley en que habría incurrido un órgano del Estado, atentando contra la vida del que está por nacer; por lo que esta acción pretende el restablecimiento del derecho y en especial las normas de carácter constitucional que se encontrarían infringidas; no pudiendo desde esta perspectiva privarle de este derecho de accionar. A mayor abundamiento, el derecho para proteger la vida que tienen los seres que aún se encuentran en etapa de desarrollo o de gestación hasta su nacimiento, que propende la organización que ha impetrado esta acción, obliga al Juez de acuerdo al artículo 75 del Código Civil a tomar todas las providencias que parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido; situación que sólo podrá ser resuelta una vez conocido el asunto sometido a su resolución.

Atendido lo expuesto y en especial la circunstancia, de que el sujeto pasivo eventualmente perturbado es la vida del nasciturus o concebido y no nacido; así como la salud física y síquica de la mujer, pues podría provocarles un aborto, fue resuelto en esta sede jurisdiccional, atendido a que se opuso la correspondiente excepción dilatoria y ésta fue rechazada; y por último estimando este sentenciador que los bienes jurídicos involucrados, según lo dispuesto en el artículo 75 del Código Civil, artículo 19 N° 1 de la Constitución Política y no resultando prohibitiva la norma citada de la Ley 19.418, se rechaza esta alegación, estimándose que la demandante goza de la legitimidad para ejercer su derecho de acción, por las razones ya descritas.

Duodécimo: Que, el problema consiste en dilucidar si las resoluciones dictadas por el Instituto Público de Chile, materializadas en el registro ISP F-8527/01, cuyo nombre adoptado es Postinor-2; que ha permitido la venta o comercialización de la “píldora del día después”, elaborada en base al principio activo Levonorgestrel 0,75 (LNG); adolece de algún vicio que deba ser sancionada con la declaración de Nulidad de Derecho Público; en especial por la falta de juridicidad al atentar contra el Derecho a la Vida del que está por nacer y la salud física y psíquica de la madre; protegida por la normativa legal y de rango constitucional vigente.

Décimo tercero: Que, para determinar la existencia de algún vicio, es necesario señalar que el acto administrativo tiene por objeto fundamental la emisión de un acto administrativo terminal que contiene un pronunciamiento o un dictamen de la administración, y siendo sus elementos principales la presunción de legalidad, imperatividad, la estabilidad y la impugnabilidad (administrativa, contralora y judicial). En concreto, la Nulidad de Derecho Público, solicitada por la parte demandante, es o constituye una sanción aplicada a aquellos actos de la administración que han infringido gravemente la ley, por tanto, la nulidad es una sanción jurídica que afecta a un acto administrativo al que faltan algunos de los requisitos indispensables para su existencia y validez.

Décimo cuarto: Que, para que la nulidad solicitada sea procedente, es menester que se den algunas de las condiciones que a continuación se analizan.

Primero, ausencia de investidura regular de sus integrantes, esto es, la ausencia de la toma de posesión de un cargo o dignidad, contraviniendo el orden jurídico; segundo, la incompetencia, esto es, que los órganos del Estado alteren o se atribuyan una competencia que no les pertenece; tercero, vicios de forma, es decir que estos no se conforman con las finalidades que establecen las leyes y reglamentos; cuarto, desviación de poder, es decir que el acto de la autoridad administrativa haya sido dictada con una finalidad distinta a la querida por el legislador, o sea alterar el fin o destino previstos para tal acto; quinto, violación de ley, es decir que este acto administrativo adolezca de algún vicio.

Décimo quinto: Que, antes de reseñar el estatuto jurídico contemplado en nuestra legislación sobre la protección a la vida del que está por nacer y de la mujer a la que se le puede provocar un aborto con la ingesta del referido fármaco, nos ocuparemos de las probanzas aportadas por las partes, para continuar con un análisis sobre los conceptos científicos que nos ayudarán a resolver el asunto sometido al conocimiento de este Tribunal.

Décimo sexto: Que, a fin de demostrar la veracidad de los hechos expuestos por la parte demandante, ha rendido diferentes probanzas en este sentido:

a) En primer lugar, ha rendido prueba instrumental. En la interposición de la demanda acompañó documentos que acreditan su personería, esto es, un certificado emanado del Secretario Comunal de la Ilustre Municipalidad de Las Condes y copia del estatuto de la organización que representa. Que, en su presentación de fojas 212, esta parte acompañó los siguientes documentos: opinión emitida por el Procurador General de la Nación, de fecha 24 de abril del año 2001; copia del fallo de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 5 de marzo del año 2002; informe de la Universidad Austral de Buenos Aires de fecha 10 de agosto del año 2000; copia de un informe emitido por el doctor Rafael Luis Pineda. En su presentación de fojas 412, acompañó copia autorizada de un documento bajado de la página Web del Laboratorio Grünenthal Ltda; el que fue objetado y aceptado según se concluyó en el considerando segundo. A fojas 501, la parte demandante acompañó un informe elaborado por el doctor Fernando Orrego Vicuña. Asimismo a fojas 512, acompañó un informe en derecho, suscrito por profesores de Derecho Constitucional y Administrativo. En su presentación de fojas 571, esta parte acompañó los siguientes documentos: informe denominado “El Trasfondo de un Debate”, publicado en el diario El Mercurio de fecha 7 de octubre del año 2001; recuadros y figuras correspondientes al referido informe; resumen sobre el mecanismo de acción del Levonorgestrel, elaborado por el doctor don Patricio Ventura-Juncá; resumen del informe sobre el Levonorgestrel, elaborado por ministro de la Corte Suprema, por parlamentarios y el doctor Patricio Ventura-Juncá; artículo científico que trata sobre el comienzo de la vida; formulario instructivo sobre el mecanismo de acción del Levonorgestrel y del Norlevo; recopilación de diversos textos relacionados con el inicio de la vida; artículo elaborado por el doctor Patricio Ventura-Juncá y sus comentarios sobre el fallo dictado por la Corte Suprema. A fojas 630, esta parte acompañó fotocopia de la sentencia de la Corte Suprema, pronunciada el día 30 de agosto del año 2001, en el caso de la “píldora del día después”. En su presentación de fojas 1120, acompañó el protocolo u hoja informativa que viene en las cajas del Postinor-2; ejemplar de la monografía del doctor Ricardo Cruz Coke; copia del Decreto Ley 1.222, del 27 de diciembre de 1996, que aprobó el Reglamento del Instituto de Salud Pública de Chile. A fojas 1209 y a fojas 1220, esta parte solicitó tener por acompañado a modo ilustrativo, la opinión del Presidente de la Auditoría General de la Nación Argentina y la de una copia efectuada al Ministro de Salud Chileno.

b) Prueba testifical, según consta a fojas 574, comparece a declarar don Patricio Ventura-Juncá; quien reconoce los documentos firmados por él y que rola a fojas 515 a 526, 527 a 531, 532 a 535, 536 a 538, 539 a 540, 562 a 567, 568 a 570. Además señala que no conoce en detalle las disposiciones administrativas del Instituto de Salud Pública, pero sí conoce los requisitos internacionales que la comunidad científica reconoce, los que a su juicio no se han cumplido, describiendo en qué consisten ellos. En segundo lugar declaró el testigo José Benjamín Orrego Vicuña, a quien se le formuló tacha, sin embargo ésta fue rechazada. En su declaración reconoce que en el documento agregado de fojas 447 a fojas 500 de este proceso no se cumplieron los requisitos administrativos para su aprobación, ya que no existieron los estudios acabados.

Décimo séptimo: Que, con el objeto de desvirtuar los fundamentos de la acción intentada en su contra, la parte demandada rindió probanzas solamente de carácter documental: Que, en su presentación de fojas 415, acompañó copia del registro sanitaria F-8527/01; documento respecto del cual se efectuaron diversas observaciones por parte de la demandante en su presentación de fojas 420. En su presentación de fojas 609, esta parte acompañó los siguientes documentos: “Nociones básicas sobre la generación de un nuevo individuo y la anticoncepción de emergencia”, doctor Antonio Mackenna; “Levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia”, de don Alberto Palomino y Luigi Devoto; y “Mecanismo de acción del Levonorgestrel administrado como anticonceptivo de emergencia con la mona Cebus apella”. A fojas 617, el Instituto de Salud Pública, acompañó copia del oficio N° 2C/5324 de fecha 11 de octubre del año 2003 y copia del dictamen N° 36.758 de fecha 20 de septiembre 2003. En su presentación de fojas 1144, acompañó copias de un libro extraído de ginecología.

Décimo octavo: Que, en su presentación de fojas 248 los terceros coadyuvantes de la parte demandada, integrada por doña Lidia Casas Becerra, Lorena Frías y doña Camila Maturana, acompañaron los siguientes documentos: fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones del 10 de octubre del año 2001; dictamen 36.758 de la Contraloría General de la República; copia del fallo de la Excelentísima Corte Suprema, de fecha 14 de noviembre del año 2002; Resolución N° 23/81 caso 2141 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; Separata sobre “El derecho a la vida y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; fallo de la Corte Inglesa “Smeaton y Secretary of States for Health”; acuerdo N° 038-MFG-2002 del Ministerio Público de Ecuador; boletín médico de IPPF; carta al diario El Mercurio, de fecha 28 de enero del año 2003, firmada por el doctor Horacio Croxatto; y por último una presentación del doctor Horacio

Croxatto. Por otra parte, doña Mayra Feddersen Martínez, Viviane Lennon González y doña Alejandra Mera González-Ballesteros, como terceros coadyuvantes, acompañaron boletas que dan cuenta de las compras del medicamento Postinor-2. A fojas 678, apoderada por la parte coadyuvante, acompañó cuatro informes emitidos por doña María Elena Ortiz, don Ramiro Molina Cartes, don Antonio Mackenna y don Luigi Devoto; documentos que han sido reiterados a fojas 1045. En su presentación de fojas 1165, acompañó copia de un artículo de doña María Elena Ortiz; comunicación de la doctora Helen K. Beard; y carta de la Sociedad Chilena de Fertilidad.

Décimo noveno: Que, a fojas 383, se llevó a efecto la audiencia de exhibición de documentos por la parte demandada, la que recayó sobre los siguientes documentos: Acta de la Novena Sesión para la evaluación de productos farmacéuticos nuevos de fecha 19 de marzo del año 1991; Oficio Ordinario N° 3.156 de fecha 9 de mayo de 1991; Acta N° 9 de la Novena Sesión de la Comisión para evaluación de productos farmacéuticos de fecha 15 de diciembre del año 2000; dejándose copias autorizadas de estos documentos según consta en la presentación de fojas 405. A fojas 1182, se llevó a efecto la audiencia de exhibición de documentos, en el que el representante del Laboratorio Grünenthal Limitada, acompaña un escrito a fs. 1179, alegando la confidencialidad de los documentos ordenados a exhibir por el Tribunal.

Vigésimo: Que, para dar una solución al caso de marras, resultará indispensable determinar desde cuándo se protege la vida del que está por nacer; el momento de la concepción y fecundación; como también época en que se produce la implantación; efectos del referido producto sobre los gametos femeninos y masculinos; sobre el cigoto y embrión, entre otros alcances, y para ello las probanzas rendidas por las partes y en especial el informe pericial decretado como medida para mejor resolver, serán pruebas concluyentes para que este Tribunal adquiriera una convicción respecto de hechos científicos para poder aplicar sobre dicha convicción los parámetros legales y constitucionales y el restablecimiento consecuente, si así fuere del caso a fin de obtener un control sobre la juridicidad de las normas de derecho.

En este sentido, siguiendo con la idea precedente esta sentenciadora se abocará a definir algunos conceptos de la ciencia médica que serán indispensables para un acotado entendimiento del caso sublite y que son conceptos que serán utilizados permanentemente en las probanzas rendidas, fundamentalmente en los informes de peritos y los que fueron extraí-

dos del Diccionario de Medicina, enfermería y ciencias de la salud, denominado Mosby.

Vigésimo primero: Que, siguiendo la lógica del considerando precedente, son considerados indispensables el conocimiento de los siguientes conceptos, extraídos del diccionario Mosby, quinta edición, año 2000:

a.- Cigoto: “Huevo en desarrollo desde el momento en que es fecundado hasta que, como blastocisto, es implantado en el útero”.

b.- Blastocisto: “Forma embrionaria que sigue a la fase de mórula en el desarrollo humano”.

c.- Embrión: “Cualquier organismo en sus fases precoces de desarrollo”.

d.- Embriología: “Estudio del origen, crecimiento, desarrollo y función de un organismo, desde la fertilización hasta el nacimiento”.

e.- Implantación: “Proceso consistente en la fijación, penetración y anidación del blastocisto en la capa que tapiza la pared uterina, durante las primeras fases del desarrollo prenatal”.

f.- Concepción: “Inicio del embarazo; generalmente se considera como tal el momento en el que el espermatozoide penetra en el óvulo y forma un cigoto viable”.

g.- Fertilización: “Unión de los gametos masculino y femenino para formar un cigoto a partir del que se desarrolla un embrión”.

h.- Aborto: “Feto dotado de un desarrollo incompleto que procede de la interrupción de un embarazo, en particular, aquel cuyo peso es inferior a 500 gramos”. Asimismo, otro concepto dado por este diccionario es la “Conclusión del embarazo en el que el producto de la concepción se expulsa o se elimina en su totalidad”.

i.- Embarazo ectópico: “Gestación anormal en la que el producto concebido se implanta fuera de la cavidad uterina. Los tipos de embarazos ectópicos son el embarazo abdominal, embarazo ovárico y el embarazo tubárico”.

Vigésimo segundo: Que, de la declaración del testigo señor José Benjamín Orrego Vicuña, y en especial en los documentos reconocidos por éste, acompañados al proceso, se señala que el Levonorgestrel es capaz de inducir en un porcentaje importante de casos a la muerte del embrión ya formado, inducido por los efectos de este compuesto sobre la función secretora del endometrio, que impiden la sobrevivencia del embrión en los días que preceden a la anidación; por lo que concluye que “lejos de prevenir abortos, los contraceptivos de emergencia además de inducirlos en los embriones preimplantacionales, también los generan en etapas más avanzadas de la gestación”. Asimismo, el testigo señor Patricio Ventura-Juncá,

quien también reconoció diversos documentos que se encuentran firmados por él, en que afirma que la información científica existente no garantiza la seguridad del embrión, ni que el Levonorgestrel inhiba la implantación del embrión. Añadiendo que existen diversos estudios científicos que muestran que el Levonorgestrel produce una alteración en la morfología y función del endometrio.

Vigésimo tercero: Que, de los documentos rolantes a fojas 588 y siguientes acompañados por la demandada en autos, es posible destacar lo siguiente: Que, según un instrumento privado, emitido por doña María Elena Ortiz, el “Levonorgestrel no interfiere con la implantación del embrión...” y otras investigaciones habrían revelado que los anticonceptivos hormonales de emergencia interfieren en el proceso ovulatorio. A lo anterior, se desarrolla un análisis en el que se habría utilizado “Cebus apella”, como modelo animal y Levonorgestrel, lo que habría confirmado la tesis propuesta, esto es, que el Levonorgestrel, administrado como anticonceptivo de emergencia, interfiere con el proceso ovulatorio, y no interfiere con la implantación del embrión en el útero. Asimismo, del documento rolante a fojas 596 y siguientes, se concluye entre otras cosas sobre el Levonorgestrel que “El mecanismo de acción se relaciona con alteraciones en la migración y capacitación espermática así como la inhibición de la ovulación”. Por último, del documento rolante a fojas 600, supuestamente emitido por el doctor Antonio Mackenna, señala que cuando la mujer toma la píldora anticonceptiva de emergencia dentro de las primeras 72 horas después de un coito, ésta puede impedir un embarazo actuando de las siguientes maneras:

- Impide la ovulación, si aún no ha ocurrido.

- Interfiere con la migración de nuevos grupos de espermatozoides desde el cuello uterino hasta la trompa de Falopio, impidiendo la fecundación.

- Interfiere con el proceso de adhesión y capacitación de los espermatozoides en la trompa de Falopio, impidiendo la fecundación.

Según los documentos anteriormente descritos, sólo podemos decir que ellos constituyen instrumentos privados que no han sido reconocidos, por las partes que supuestamente los suscribieron, los que sólo aparecen firmados, al ser nuevamente acompañados al proceso, según consta en la presentación efectuada a fojas 678 y siguientes; por lo que sólo han sido reseñados a fin de ilustrarnos sobre la opinión que aparentemente tienen otros especialistas; además de añadir en esta presentación un informe emitido por don Ramiro Molina Cartes, cuyas conclusiones son similares a las anteriormente señaladas.

Vigésimo cuarto: Que, los documentos acompañados a fojas 1055 y siguientes, en especial la hoja informativa que viene en las cajas del Postinor-2, comercializado por el Laboratorio Grünenthal, es posible destacar que en ella se establece claramente “Si existe alguna sospecha de embarazo, éste debe ser excluido antes de iniciar el tratamiento”. A su vez agrega, “Los anticonceptivos de emergencia no deben ser administrados en mujeres que han confirmado su embarazo, principalmente, porque no producirán ningún efecto. Las pacientes que llegan a embarazarse a pesar del uso de un anticonceptivo post-coital deben ser cuidadosamente evaluadas para descartar la existencia de un embarazo ectópico. Debido a que Postinor-2 parece afectar sólo la anidación endometrial, puede presentarse un embarazo tubario a la tasa esperada, y es por tanto posible que se produzca un aumento relativos de embarazos ectópicos en pacientes que se embaracen a pesar del uso del Postinor-2.”

Vigésimo quinto: Que, otros documentos acompañados por la demandada, según consta a fojas 1125 y siguientes que corresponde a fotocopias de un libro de ginecología del doctor Alfredo Pérez Sánchez, en que según consta a fojas 1128 se señaló “En conclusión, los estudios conocidos hasta el momento son insuficientes para establecer el mecanismo de acción de la anticoncepción hormonal de emergencia. La información analizada no permite sustentar la hipótesis de que previene embarazos porque interrumpe la implantación de óvulos fecundados”.

Vigésimo sexto: Que, a fojas 1356 se decretó como medida para mejor resolver el informe de peritos y se requirió al Laboratorio Grünenthal, para que informe pormenorizadamente sobre el fármaco Postinor-2, detallándose en dicha oportunidad los puntos sobre los que debía recaer los respectivos informes.

Vigésimo séptimo: Que, los peritos a que se hizo mención en el considerando precedente, algunos de los cuales fueron notificados personalmente y juraron aceptar sus cargos y desempeñarlos fielmente; en este sentido emitieron sus informes dentro del plazo legal, resultando sus opiniones concluyentes para este Tribunal, razón por la que se reproducirán los pasajes de dichos informes que resulten más ilustrativos, atendiendo especialmente la especialidad científica que estos desempeñan.

Vigésimo octavo: Que, a fojas 1386, y siguiente rola el informe emitido por el perito doctor Carlos Valenzuela, Genetista de la Universidad de Chile, quien en su informe expresa:

a.- “la acción farmacológica del Levonorgestrel (principio activo de Postinor-2) es triple: en coitos pre-ovulatorios retarda la migración de los espermios y retarda o detiene la ovulación; en su acción en coitos pre-

ovulatorios inmediatos en los que no detiene la ovulación y en los post-ovulatorios (la ovulación ya se ha producido) cambia la mucosa de las trompas de Falopio (oviductos) y del útero de modo de disminuir su capacidad para mantener viable al cigoto, retarda su migración en las trompas o impide la anidación del embrión.”

b.- “Cuatro años después el Grupo OMS realizó un segundo estudio (von Hertzen *et al.* 2002). Estos autores encontraron que el Levonorgestrel dado con una dosis entre 1 y 3 días después del coito tenía una efectividad de 80% independientemente del tiempo transcurrido entre el coito y la administración del fármaco. Este solo hecho es un indicador conclusivo del efecto anti-implantatorio del fármaco (si sólo tuviera efecto antiovulatorio la efectividad debería decaer en un 26% entre el primer y segundo día y decaer en un 24% entre el segundo y tercer día, según las probabilidades usadas por Croxatto *et al.* 2002, normalizadas a 100%)...” y añade “El excedente de efectividad debe ser atribuido al efecto anti-implantatorio...”.

c.- “Un cigoto humano y un embrión humano son seres humanos bióticos (animados o no, personas o no) que están por nacer...”; “El argumento que cerca de un 80% de los cigotos no llegan a nacer es inválido, pues el 20% restante sí lo hace y, en ese momento, es imposible determinar cuál será el destino de cada cigoto o embrión no implantado. Más aún los embriones implantados también se pierden en un porcentaje al 30%”.

d.- “Levonorgestrel puede producir cambios que dificultarían la anidación del embrión humano...”; asimismo agrega que “Los posibles cambios en la mucosa de las trompas son importantes porque al prolongar el tránsito del cigoto y embrión en ella pueden exponer a un embarazo ectópico o a un envejecimiento del embrión que lo inhabilita para implantarse correctamente en el útero. Otros autores no han encontrado cambios por lo que el punto continúa siendo controversial...”.

e.- “El cigoto humano (óvulo fecundado) es un individuo completo de la especie humana”.

f.- “Los determinantes científicos operacionales que se le exige a cualquier ser vivo para ser un individuo de la especie son: autonomía (procesal), integralidad (todos sus elementos están vinculados a un programa de desarrollo) y completud (genoma completo de la especie en estado funcional para generar el desarrollo de cualquier estado de los individuos de esa especie). El cigoto humano cumple con estos tres requisitos”.

g.- “La constitución del genoma del cigoto por gametos con genomas permutados y recombinantes de ambos progenitores, más sus cambios mutacionales hacen que éste sea un individuo único irrepetible y autónomo distinto genéticamente de ambos progenitores”.

h.- “El cigoto humano es un ser humano completo individuo de la especie *Homo sapiens*. Tiene genoma completo de la especie, es una célula que autónomamente se construye y es capaz de deprogramar y reprogramar su material hereditario y tiene todas sus funciones integradas. Se autodetermina, se autoconstruye y se autoprograma. En cualquier parte del organismo interno de la madre que cae este cigoto y, si tiene los nutrientes y oxígeno suficientes organiza un embrión, los anexos embrionarios y puede llegar a nacer. Prueba de esto son los embarazos ectópicos que han ocurrido en el peritoneo, oviducto, vísceras internas, etc.”.

i.- “El embarazo ectópico con Levonorgestrel de emergencia se dio en 2,2% en el estudio de la OMS (von Hertzen *et al.* 2002) algo superior al máximo esperado espontáneamente...”.

Vigésimo noveno: Que, a fojas 1394 y siguientes rola un informe de doña Inés Elisa Ruiz Álvarez, químico-farmacéutico de la Universidad de Chile, de cuyos antecedentes puede extraerse lo siguiente:

a.- En relación al producto denominado “Postinor-2”, señala que “corresponde a una marca registrada del preparado que contiene dos comprimidos de 0,75 mg. de Levonorgestrel cada uno. El Levonorgestrel es una hormona femenina sintética de acciones similares a la progesterona...”.

b.- “Para los anticonceptivos orales que contienen asociaciones de estrógenos (como el Etinilestradiol) y progestágenos (como Levonorgestrel) se dice que actúan previniendo la ovulación y para aquellos que sólo contienen progestágenos, se mencionan tres posibilidades de acción. Estos tres posibles mecanismos son el bloqueo de la ovulación, el engrosamiento del mucus cervical lo que disminuye la llegada de los espermios hasta el óvulo, y alteraciones en el endometrio que impiden la implantación del huevo”.

c.- “Es así como para los anticonceptivos orales que contienen Levonorgestrel estarían contraindicados en aquellas mujeres que fuman o que presentan antecedentes de una enfermedad hepática activa, tromboflebitis o trastornos tromboembólicos activos diátesis hemorrágica, cáncer de mama o endometrio, posible embarazo, sangramiento uterino o genital anormal no diagnosticado, historia de hipertensión intracraneana idiopática, hipersensibilidad, trastornos en el metabolismo lipídico, enfermedad cardiovascular. Asimismo se establece que deben usarse con precaución cuando la mujer tiene antecedentes de fumar, menstruación anormal, terapia con anti-convulsivantes o con antihiperlipidémicos, ictericia, depresión, retención de fluidos, diabetes, enfermedad autoinmune, embarazo ectópico, asma, venas varicosas, como también cuando existen antecedentes familiares de enfermedades cardiovasculares. Tampoco son recomendables en madres

que están amamantando”..., y agrega que “que en otros países se dan a las usuarias de anticoncepción de emergencia con Levonorgestrel se menciona que las contraindicaciones serían la alergia a este medicamento u otro progestágeno...”, en este sentido señala que “vale la pena indicar que las reacciones alérgicas a medicamentos pueden llegar a ser severas e incluso letales ...”

d.- En cuanto a los efectos adversos del Levonorgestrel señala que los efectos adversos que se pueden producir “son náuseas (en cerca del 50% de las usuarias), vómitos (20%), diarrea, sensibilidad en las mamas, cefalea, mareos, fatiga, dolor abdominal bajo y retraso en la menstruación...”.

Trigésimo: Que, a fojas 1400 y siguientes rola el informe emitido por don Sergio Recabarren, Biólogo Endocrinólogo de la Universidad de Concepción; en el que señaló lo siguiente:

a.- En relación a los efectos del fármaco Postinor-2, sostiene que “Estos efectos no significan una amenaza física y síquica a la salud de la mujer”.

b.- “La evidencia científica muestra que el Levonorgestrel, componente del Postinor-2, si se administra durante la fase folicular del ciclo menstrual, (aquella fase que se caracteriza por el crecimiento del folículo que contiene al ovocito que se ovulará post-alza preovulatoria de ganadotropinas), retrasa o impide la presencia del alza preovulatoria de gonadotropinas), retrasa o impide la presencia del alza preovulatoria de hormona luteinizante, requisito indispensable para que ocurra la ovulación. El folículo puede continuar creciendo o su crecimiento se detiene. Mientras más tarde en la fase folicular se administra o concuerda con el alza preovulatoria, la fase luteal que sigue a la ovulación no se altera y solo se observa una pequeña disminución en las concentraciones plasmáticas de progesterona. Si se administra durante la fase luteal, no tiene consecuencias sobre la fase luteal en términos de duración o concentraciones de progesterona. Basado en estos parámetros, si la concepción ocurriese producto de una ovulación, desde el punto de vista endocrino No conduciría a aborto...”.

c.- En relación al concepto de aborto, señala que “La Organización Mundial de la Salud define aborto como la pérdida de un embrión después que se ha implantado ya que el embarazo es algo que le ocurre a la madre y el organismo materno reacciona solo a la presencia de un embrión después de que éste se haya implantado”; y añade que según lo señalado anteriormente “el huevo fecundado que no se ha implantado o anidado y es expulsado no puede considerarse aborto”.

d.- Señala que “hasta el momento de la implantación, no es posible detectar signos vitales de un organismo distinto del padre y madre. Más aún, mientras no se diferencien tejidos, un embrión de una especie es difícil de distinguir de un embrión de otra especie”.

Trigésimo primero: Que, a fojas 1404 y siguientes rola el informe pericial de don Alejandro Álvarez Lueje, químico farmacéutico de la Universidad de Chile, quien ha manifestado:

a.- En relación al fármaco Postinor-2, “No puede ser considerado como constitutivo de una amenaza física o síquica a la salud de la mujer que use Levonorgestrel en la dosis y posología indicada como contraceptivo de emergencia”.

b.- En cuanto a la composición del producto denominado Postinor-2, cada comprimido contiene Levonorgestrel 0,75 mg. y excipientes. Excipientes, en todo caso, que no contribuyen al efecto del principio activo.

c.- “Postinor-2 difiere de los anteriores en su mecanismo de acción, pues hasta lo que se conoce hoy en día, sus efectos anticoncepcionales sólo estarían dados por la inhibición de la ovulación, sin efectos comprobados sobre el endometrio”.

d.- “Existen sólo tres contraindicaciones para el uso de Levonorgestrel como contraceptivo de emergencia: existencia de embarazo, sangrado vaginal no diagnosticado y alergia conocida a alguno de los componentes del producto. En ninguno de los casos el producto, empleado correctamente, debería llegar a provocar la muerte”.

Trigésimo segundo: Que, corresponderá ahora efectuar un análisis de todas y cada una de las causales establecidas por el constituyente para declarar la nulidad de derecho público.

En primer lugar la ausencia de investidura regular de sus integrantes y de conformidad al Diccionario de la Real Academia de la Lengua, investidura significa acción o efecto de investir, término que significa conferir una dignidad o cargo importante, la que debe ser regular, esto es, no contraviniendo el orden jurídico establecido; por lo que el Instituto de Salud Pública, persona jurídica de derecho público, tiene las atribuciones y facultades, en relación al sistema de registro sanitario de los productos farmacéuticos, según lo ordena el Decreto Ley 2.763 del año 1979. Por su parte, el Código Sanitario dispone en su artículo 94 que dicho organismo será la autoridad encargada en todo el territorio nacional del control sanitario de los productos farmacéuticos, entre otros. En definitiva, y conforme a las normas legales citadas, el organismo demandado goza de la investidura regular de sus integrantes a fin de emitir el acto administrativo impugnado; razón por la que esta causal no resulta aplicable.

Trigésimo tercero: Que, el requisito de la incompetencia está contemplado en el artículo 7° de la Constitución y el artículo 2° de la Ley 18.575; disposiciones que exigen que los órganos del Estado deban actuar dentro de su competencia; sin que en la especie el Registro cuya nulidad se solicita emitido por la demandada, haya emanado de una autoridad que no ha sido autodesignada ni menos se haya atribuido una facultad que el ordenamiento jurídico no le reconoce; sino muy por el contrario, ha obrado de conformidad a las normas jurídicas en comento.

Trigésimo cuarto: Que, el acto administrativo, al igual que los actos judiciales o legislativos, requiere para su perfección de un procedimiento de formación, siendo éste, un cauce necesario para la producción de éstos; el que puede definirse como el conjunto de actuaciones preparatorias y conducentes al acto o resolución final, cuya finalidad es asegurar el acierto y la eficacia de la Administración, además de garantizar los derechos y libertades de particulares.

Trigésimo quinto: Que, otro de los requisitos del acto administrativo es que tenga un fin determinado y para ello es necesario dilucidar la finalidad del acto administrativo, esto es, el sentimiento o deseo que lleva al titular del órgano administrativo a ejercitar la competencia de éste, por lo que el móvil de cualquier acto administrativo deberá siempre ajustarse conforme a derecho. En este sentido es menester establecer que los fines propios de la ley, a los cuales deberá atenerse el órgano administrativo, se encuentran fundados en la Constitución Política, al establecerse en su artículo 1° inciso 4° “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales, que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto de los derechos y garantías que esta Constitución establece”; idea que se encuentra igualmente reproducida en el artículo 3 de la Ley de Base Generales de la Administración del Estado.

Trigésimo sexto: Que, el acto administrativo para que sea válido, se le exige, además, que esté exento de vicio; es decir, que no haya incurrido en alguna infracción de ley; causal en la que el actor en estos autos sustenta la nulidad que demanda. En este sentido, la invalidación del supuesto acto viciado de ilegitimidad, responde a la observancia del principio de legalidad que enmarca el accionar de la administración y de todos los órganos de la administración y de todos los órganos del Estado, y que entre otras disposiciones, recogen los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República y 2° de la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575, sobre Bases Generales de la Administración del Estado. Por lo que en los actos cuya

nulidad de derecho público se demanda, es necesario determinar si su proceder y decisión en las resoluciones dictadas por este organismo y materializadas en el registro ISP F-8527/01, cuyo nombre adoptado fue Postinor-2; que permitió su venta; se han ajustado a la normativa legal y constitucional vigente y en especial si las resoluciones dictadas amenazan la vida del que está por nacer.

Trigésimo séptimo: Que, el inciso primero del artículo 75 del Código Civil, establece que “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligr...”. En este mismo orden de cosas, el artículo 76 señala “De la época del nacimiento se colige la de la concepción, según la regla siguiente: Se presume de derecho que la concepción ha precedido al nacimiento no menos de ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, desde la medianoche en que principie el día del nacimiento”.

Trigésimo octavo: Que, el artículo 19º de la Constitución asegura a todas las personas: N° 1 El derecho a la vida y la integridad física y psíquica de la persona. Asimismo, señala que “la ley protege la vida del que está por nacer”. Por otra parte, en su numeral N° 26 del mismo artículo asegura a todas las personas de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.

Trigésimo noveno: Que, el artículo 5º de nuestra Carta Fundamental dispone que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Cuadragésimo: Que, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, establece en su artículo 2º, que los Estados partes, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidas en ésta. En su artículo 4º sobre el Derecho a la Vida, se establece en su número 1 que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegi-

do por la ley y, en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”

Cuadragésimo primero: Que, atendido a que en la ciencia médica no existe consenso sobre los efectos abortivos del principio activo del Postinor-2, esto es, el Levonorgestrel 0,75 mg.; este sentenciador deberá atenerse al sistema de prueba legal tasada, que establece nuestra legislación y en especial las normas sobre interpretación de la ley, que estatuye el artículo 19 y siguientes del Código Civil. En este sentido, nuestro legislador es preciso en señalar que cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Por su parte, el artículo 21 del mismo cuerpo normativo, establece que las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.

Cuadragésimo segundo: Que, según el artículo 75 y 76 del Código Civil, la protección que debe dar el Juez de la causa se inicia a partir del momento de la concepción; sin que en el segundo de estos artículos establezca cálculo o tiempo que deba descontarse, sin hacer mención al momento de la anidación o implantación del huevo ya fecundado. Que, las normas legales citadas, se encuentran ajustadas a lo ordenado por el artículo 4° de la Convención Americana de los Derechos Humanos, también llamado Pacto de San José de Costa Rica; por cuanto, ella ordena que la protección legal que deben dar los Estados partes, de dicha Convención, es desde el momento de la concepción; norma que por lo demás tiene rango Constitucional y Supranacional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de nuestra Carta Fundamental.

Cuadragésimo tercero: Que, según los antecedentes y probanzas aportadas a esta causa la concepción —momento desde el cual nuestro legislador ha querido proteger la vida del que está por nacer— se produce al momento en el que el espermatozoide penetra en el óvulo y forma un cigoto viable, según lo define el Diccionario Médico Mosby; concepto que por lo demás no se encuentra controvertido en estos autos.

Cuadragésimo cuarto: Que, atendido lo descrito anteriormente, nuestro legislador protege el germen de un individuo de la especie humana antes de su nacimiento, estableciendo un estatuto jurídico especial, prohibiendo la realización de abortos terapéuticos en el Código Sanitario y sancionando como delito el aborto en nuestro Código Penal.

Cuadragésimo quinto: Que, para un mayor entendimiento del caso de marra, y según lo han descritos los documentos acompañados al proceso y el perito genetista doctor Carlos Valenzuela, los progresos de la em-

biología y la genética indican que la constitución del plan de desarrollo del ser humano, codificado por los genes, queda establecido al momento de la concepción o fecundación, produciéndose posteriormente un desarrollo continuo pasando por cigoto, embrión preimplantacional, embrión implantado, feto y recién nacido. Luego, si bien, se presentan procesos dinámicos en diferentes fases, la integración del material hereditario espermático por endocitosis ovocítica activa se desencadena minutos o segundos después de la fecundación donde simultáneamente empieza el proceso de decondensación nuclear y de la cromatina; criterio que parece ser el más seguro para no atentar contra la vida humana.

Cuadragésimo sexto: Que, efectuadas las prevenciones antes descritas corresponde ahora señalar los efectos del principio activo del fármaco Postinor-2, el Levonorgestrel 0,75 mg.; en lo que reiteramos no existe consenso en la comunidad científica en especial en su efecto antimplantatorio, por cuanto habría estudios que han encontrado alteraciones en el endometrio después de ingerir el Levonorgestrel, los que serían compatibles con una alteración de la receptividad del endometrio a la anidación del embrión. En este sentido, es menester señalar que en el período previo a la implantación existen señales entre el endometrio y el óvulo fecundado, que hacen que el embrión tenga un proceso de crecimiento coordinado con la maduración del endometrio; proceso que podría verse interrumpido o descoordinado por los efectos del Levonorgestrel.

Cuadragésimo séptimo: Que, atendido el mérito de las probanzas aportadas a esta causa, en especial la existencia de un hecho conocido cual es la presencia del Levonorgestrel como principio activo del fármaco Postinor-2, de cuyo registro se está demandando la Nulidad de Derecho Público; hecho real y debidamente probado que nos permitirá llegar a un hecho controversial y sobre el que no existe consenso ni un grado de certeza importante a nivel científico, cual es los efectos del Levonorgestrel sobre el endometrio. Esta relación nos exige formar una presunción judicial de carácter grave y precisa que nos conduzca a una solución del caso sometido a su conocimiento. La gravedad se desprende de las circunstancias objetivas aportadas por los documentos rolantes a fojas 562 y siguientes, suscrito por el doctor Patricio Ventura-Juncá, quien además declaró como testigo en este juicio, y en cuyo documento se da cuenta de la existencia de tres estudios que a la fecha aportan evidencia de que el Levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia puede producir cambios en el endometrio; Moggia 1974; Landgren 1989 y Wang 1998. Asimismo, el documento que ha sido acompañado por los terceros coadyuvantes, a fojas 248, en el que consta una copia del Boletín Médico de IPPF, se señaló en cuanto a los

efectos en el endometrio “El único mecanismo postfertilización que ha sido investigado y sólo indirectamente, es una alteración endometrial que podría interferir con la implantación”. Asimismo, al acompañarse al proceso por los demandados copia de los documentos en el que consta la resolución que ordena la inscripción el Registro Nacional de Productos Farmacéuticos, del referido fármaco, se señaló en la página número 27 de dicho registro que “El Levonorgestrel es un progestágeno, que inhibe la implantación del óvulo en el endometrio, activa la movilidad de las trompas uterinas y aumenta la viscosidad de la mucosa del cuello uterino”; expresiones que se reproducen en la página número 35 de esos documentos y que se tituló como Monografía Clínica Farmacológica; añadiéndose en el ítem Propiedades Farmacológicas del Postinor-2, que “puede producir cambios en el endometrio que dificultan la anidación”, lo que quedó transcrito en el Folleto para información médica. La gravedad también se manifiesta a través de este último documento, el que en su contenido es muy similar a la hoja informativa que viene con el fármaco Postinor-2 y que rola a fojas 1055, en el que se expresa “es por tanto posible que se produzca un aumento relativo de embarazos ectópicos en pacientes que se embaracen a pesar del uso de Postinor-2”, y continúa señalando a fojas 38 del referido registro que en la eventualidad de que falle la prevención de la concepción, no se conoce el efecto del Postinor-2 sobre el feto. En definitiva, la prueba instrumental; testifical e informe de peritos principalmente del doctor Carlos Valenzuela y de doña Inés Elisa Ruiz Álvarez, químico-farmacéutico, los que a juicio de este sentenciador, resultan convincentes, para establecer la peligrosidad real que tiene el fármaco Postinor-2, no sólo en relación a la vida del que está por nacer, sino también sobre la salud física de la mujer que ingiera dicho fármaco. Que, la precisión, consiste en arribar a una conclusión exacta a través de la presunción, así en virtud de las probanzas antes señaladas, esto es, la testifical de don Patricio Ventura-Juncá; los documentos acompañados por los terceros coadyuvantes a fojas 248 y copia del Registro Sanitario F-8527/01, acompañado por la demandada en su presentación de fojas 415; y que no se contradicen en el hecho cierto de que el principio activo del fármaco Postinor-2, esto es, el Levonorgestrel 0,75 mg., produce efectos antianidatorios en el óvulo fecundado en el endometrio, además de existir un peligro para la vida del que está por nacer pese al uso que ha efectuado su progenitora del fármaco en cuestionamiento; para concluir en un incremento en el índice de los embarazos ectópicos.

Cuadragésimo octavo: Que, reuniéndose los requisitos del artículo 1712 del Código Civil, en relación con el artículo 426 del Código de

Procedimiento Civil, se ha podido construir una presunción grave y precisa, la que unida a la prueba testifical que rola a fojas 574 y siguientes, además de la instrumental ya reseñada, e informes periciales, permiten concluir que se ha configurado un hecho cierto, cual es, el evidente atentado a la vida en contra del nasciturus, al derecho de la igualdad y de la salud física de la madre.

Cuadragésimo noveno: Que, según se desprende de las probanzas aportadas en esta causa, el fármaco Postinor-2 tiene los siguientes modos de acción: retrasa o inhibe la ovulación; altera el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide; y por último modifica el tejido endometrial produciéndose una descoordinación en el proceso de maduración del endometrio que inhibe la implantación. En cuanto a este último efecto, la ciencia médica sólo nos aporta antecedentes que nos indican la realización de experimentos realizados en animales, que descartarían este efecto, sin embargo, no se puede sin más extrapolar estos estudios en humanos, garantizándose con rigurosidad la seguridad para el embrión. Resulta a juicio de este Tribunal, que no obstante se ha señalado que los progestágenos sintéticos han ayudado a sostener el embarazo en animales, la probabilidad de que su administración en humanos pueda en algún momento reducir la receptividad endometrial no está descartada, sino que más bien discutida.

Quincuagésimo: Que, atendida las reflexiones antes expuestas, y lo resuelto por el Instituto de Salud Pública en la Novena Sesión de la Comisión para Evaluación de Productos Farmacéuticos Nuevos realizada el día 15 de diciembre del año 2000; cuya copia autorizada rola a fojas 387 y siguientes, en el que se señala que el fármaco Postinal, cuyo principio activo es “idéntico” al Postinor-2, en esa oportunidad dentro de las razones para denegar su aprobación se señaló “Uno de los posibles mecanismos de acción sería impedir la anidación del óvulo fecundado en el útero. Si se considera la vida desde el momento de la fecundación y no de la implantación del óvulo sería microabortivo. La legislación vigente en Chile no permite la interrupción del embarazo”. A mayor abundamiento, al ser requerido el Laboratorio Grünenthal Chilena Limitada para que exhibiera todos los informes científicos que acompañó ante el Instituto de Salud Pública, con el objeto de que obtener el registro del producto Postinor-2, y así tener a la vista este sentenciador los análisis, evaluaciones y estudios científicos que aseguren la integridad física y química de la madre, como del nasciturus; de conformidad con la legislación vigente, esta institución manifestó en la referida audiencia a fojas 1182, que se encontraba imposibilitada de exhibir los documentos solicitados, por revestir éstos el carácter

de secretos y confidenciales; los que tampoco fueron revelados por el Instituto demandado ya que, según lo señaló el Laboratorio, esta documentación fue devuelta al laboratorio extranjero Gedeon Richter Ltd., quien sería el fabricante del producto; una vez solicitado el registro del fármaco en cuestión en nuestro país. Lo anterior, que se encuentra en estrecha relación con lo acontecido, en la medida para mejor resolver decretada en estos autos, en la que se le requirió información al Laboratorio Grünenthal, sobre el fármaco Postinor-2, el que no evacuó informe alguno, impidiéndose incluso la gestión de notificación, según consta en el estampado receptorial de fojas 1363; razones por las que este Tribunal ha tenido que prescindir de tan importante información.

Quincuagésimo primero: Que, a juicio de este sentenciador, al otorgarse el registro cuya nulidad se solicita, no sólo se han infringido los artículos 5°, 6° y 7° de nuestra Carta Fundamental; además el Decreto Ley 2.763; Decreto Supremo 1.876; y artículo 94 del Código Sanitario; por cuanto ha existido una desviación de poder al atender dicho órgano a una finalidad distinta a la querida por el legislador cual es la de proteger la vida del que está por nacer no efectuándose distinciones arbitrarias acerca de si el embrión se encuentra o no anidado; atentándose además al derecho de la igualdad; esto respecto del nasciturus. En cuanto a la madre cuyo fármaco puede producir un aborto, es menester señalar que no existe constancia en autos de nuevos antecedentes aportados a la Institución demandada, para desestimar las prevenciones tenidas en consideración en relación al Postinol, fármaco que cuya venta y comercialización fue prohibida mediante sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema, y que según se señaló indicó en el considerando quincuagésimo, podría tener efectos “microabortivos”. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, resulta indispensable expresar las diversas contraindicaciones médicas que tiene el referido fármaco, según lo describe la perito químico farmacéutico señora Inés Elisa Ruiz Álvarez. A mayor abundamiento, es en el propio instructivo que viene junto al producto en cuestionamiento, y que rola a fojas 1055, en que se advierte la posibilidad de un embarazo ectópico, ya definido anteriormente y que por lo demás según los antecedentes agregados al proceso, mediante la ingesta de este fármaco, se habría producido un aumento en la tasa de incidencia en este tipo de embarazos, resultando esto una amenaza no sólo a la salud física de la madre, sino también síquica. De esta manera, constando en autos que la composición del Postinal, fármaco cuya comercialización fue prohibida, tiene con el Postinor-2, fármaco cuestionado en la actualidad, idénticos principios activos, sin que se hayan agregado a este proceso, los nuevos estudios preclínicos y clínicos necesarios para aprobar

un nuevo fármaco, manifestándose de esta manera no sólo la desviación de poder sino una directa infracción de ley, en especial al artículo 74 y siguientes del Código Civil; artículo 5, 6 y 7 de la Constitución Política de la República y artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Quincuagésimo segundo: Que, en definitiva no cabe duda de que el sujeto biológico hombre empieza con la fecundación o concepción; el que se encuentra protegido por las diversas normas legales y constitucionales tantas veces citadas. Así las cosas, unificados los gametos masculino y femenino, se constituye el código genético, responsable de la individualidad y del desarrollo del nuevo ser, su crecimiento y formación de sus órganos definitivos; por lo que en este proceso hay coordinación, continuidad y gradualidad, lo que supone un orden intrínseco, un sujeto único; cuya protección se encuentra garantizada por nuestro orden legal y constitucional; derecho que al igual al derecho a la salud física de la madre ha sido infringido por la institución demandada; debiendo este sentenciador restablecer el derecho quebrantado, de acuerdo a como se resolverá en lo resolutivo de este fallo.

Quincuagésimo tercero: Que, las demás probanzas aportadas por las partes en nada alteran la conclusión a que ha arribado este Tribunal. Y Vistos, además lo dispuesto en el Decreto Ley 2.763; Decreto Supremo 1.876; artículos 94 y siguientes del Código Sanitario; artículos 19, 21, 24, 55, 74, 75 y 76 del Código Civil; artículo 5º de la Ley Orgánica del Instituto de Salud Pública; artículo 2, 3 y siguientes de la Ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado; artículo 1, 4, 5, 19 N° 1, 2 y 26 de la Constitución Política de la República; artículo 1 y 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica; y demás normas jurídicas aplicables al caso;

SE DECLARA:

I.- Que, ha lugar a la demanda de fojas 26; declarándose nulo de derecho público la Resolución N° 7224, de fecha 24 de agosto del año 2001 del Instituto de Salud Pública de Chile, que se materializó en el registro ISP F-8527/01, el que ha permitido la venta o comercialización del fármaco Postinor-2, elaborado en base al principio activo Levonorgestrel 0,75 mg.

II.- Que, se condena en costas a la demandada.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Dése copia a las partes, sin costo alguno para ellas. Dictada por doña Sylvia Papa Beletti, juez suplente del Vigésimo Juzgado Civil de Santiago. Autoriza doña Alba Eliana Valdés González, secretaria titular.

DECLARACIÓN*

**Facultad de Medicina,
Pontificia Universidad Católica de Chile**

Frente a la controversia sobre el eventual efecto abortivo del Levonorgestrel usado como anticonceptivo de emergencia (Píldora del día después) hemos considerado oportuno precisar los elementos de juicio que se tiene para evaluar la seguridad de un fármaco, cuando hay dudas que éste pueda producir daño en seres humanos. Para esto hemos consultado a un grupo de especialistas en los niveles de evidencia científica. Esperamos con esto ayudar a despejar la confusión que este debate ha suscitado.

1. Los grados de certeza en cuanto a la seguridad de un fármaco se clasifican en tres:

a) Evidencia basada en estudios randomizados y controlados con suficiente número de casos.

b) Evidencia basada en sólidos experimentos y estudio observacionales.

c) Evidencia limitada, la recomendación se basa en la opinión de expertos de respetado prestigio. (<http://www.prodigy.nhs.uk>).

2. Para la certeza sobre la seguridad de un fármaco se requiere el nivel A de evidencia.

3. La principal discusión en relación al LNG se refiere a si hay seguridad que no afecte la implantación del embrión, lo que significaría la eliminación de una vida humana.

4. A este respecto lo único que se puede afirmar es que se trata de un tema que no está dilucidado por las siguientes razones:

a) Los estudios preclínicos realizados en animales han encontrado algunas pruebas indirectas que podría afectar la implantación. Recientemente hay dos estudios efectuados en ratas y primates que no encontraron alteración en la implantación. Estos estudios son un avance en el conocimiento de este mecanismo. Requieren ser confirmados con estudios adicionales. Sus resultados no pueden ser extrapolados a seres humanos.

* Tomada de *El Mercurio*, 20 de mayo de 2004.

b) En seres humanos no se han efectuado los estudios que se requiere para evaluar el daño en el embrión. Para afirmar que es seguro para el embrión se requiere el grado de certeza del Nivel A, ya que este no recibe ningún beneficio. Además de ser muy complejo un estudio de este tipo, hay razones éticas que no permiten realizarlos al menos con los métodos actualmente disponibles. Por lo tanto no es por ahora posible tener pruebas concluyentes en este nivel de evidencia para afirmar que el LNG es seguro para el embrión pre-implantatorio. Diversos investigadores han estudiado alteraciones que este fármaco pudiera producir en el endometrio y que sería una evidencia indirecta de un posible mecanismo abortivo. Estos tampoco son concluyentes. Algunos han encontrado alteraciones y otros no.

c) El mecanismo más estudiado es la inhibición de la ovulación que podría ocurrir hasta alrededor de un 80% de los casos. Sin embargo, este mecanismo no puede explicar la disminución del número de embarazos que ocurre cuando la relación sexual ocurre en el día de la ovulación o después. Esto tendría que explicarse por una inhibición del ascenso de los espermatozoides o impidiendo la implantación. Respecto a esto la opinión de los investigadores no es concluyente. El único estudio realizado con las dosis de LNG utilizada en la anticoncepción de emergencia concluyó que este mecanismo sería marginal. En este caso la única alternativa que quedaría sería que impidiera la implantación.

Conclusión: La información científica disponible no permite asegurar que está descartado el mecanismo antimplantatorio. Hay unanimidad en las revisiones efectuadas por todos los investigadores que el mecanismo de acción de la “Píldora del día después” permanece indeterminado (Glasier, 1997; OMS, 1999; Rivera, La Valleur 2000, 1999; Méndez, 2002; Croxatto, 2001 y 2003). La misma información se puede obtener en los sitios de medicina basada en evidencia que con pocas variaciones informan que: “La anticoncepción de emergencia actúa principalmente inhibiendo o alterando la ovulación. Además puede interferir con el transporte del óvulo y/o los espermatozoides, o inhibiendo la implantación”.

Para quien se interese en profundizar el tema y corroborar la información puede ir a sitios web sobre medicina basada en evidencia:

<http://www.med.umich.edu/pediatrics/ebm/cats/emcont.htm>

<http://www.tripdatabase.com/index.cfm?method=application.home>

En la ética médica un principio fundamental es no administrar un fármaco en que los posibles daños son mayores que los beneficios. En el caso de este fármaco, para el embrión humano éste no tiene ningún benefi-

cio, sólo la incertidumbre de un daño, la pérdida de su vida. Esta información es indispensable para quien en conciencia quiera repartir el fármaco o utilizarlo.

Por último, nuestra opinión fundada en los resultados de los estudios señalados, concuerdan y respaldan totalmente las afirmaciones y recomendaciones expresadas por su Eminencia Reverendísima Cardenal Arzobispo de Santiago y Gran Canciller de nuestra Universidad, Monseñor Francisco Javier Errázuriz O.

Dr. Gonzalo Grebe Barros, decano Facultad de Medicina.

Dr. Enrique Oyarzún Ebensperger, Jefe Depto. Obstetricia y Ginecología.

Dr. Patricio Ventura-Juncá Tobar, Director Centro de Bioética.

Dra. Paula Bedregal García, Profesor Auxiliar, Depto. Salud Pública.

* * *

ANTICONCEPCIÓN DE EMERGENCIA, CIENCIA Y MORAL*

**Horacio B. Croxatto y
Fernando Zegers Hochschild**

En el artículo de opinión titulado “Otra vez la Píldora”, publicado el 23 de abril pasado en la sección Opinión del diario *El Mercurio*, los autores consideraron que la mayoría de “los que investigan la anticoncepción de emergencia” (AE) “no le reconocen al embrión estatus de ser humano”. Éstas son acusaciones antojadizas que desacreditan gratuitamente a los opositores o a su ideario, sin que los acusadores se comprometan con la precisión que requiere ser fiel a la verdad. Usando la misma estrategia, sería muy cómodo propagar que muchos se oponen a la píldora de emergencia guiados por la necesidad de racionalizar o justificar su fanatismo ideológico o religioso.

Estamos convencidos de que una nueva vida comienza con la fecundación. Hemos trabajado arduamente junto a otros investigadores para determinar los mecanismos a través de los cuales la AE previene algunos embarazos y otros no los previene. No somos expertos improvisados. Hemos dedicado nuestra vida profesional, de larga trayectoria, a investigar diversos aspectos de la reproducción humana y a difundir nuestros hallazgos a través de varios cientos de publicaciones en revistas científicas y en congresos de la especialidad. Hemos ganado un indiscutible prestigio en el mundo científico, ejerciendo nuestra labor con seriedad, espíritu crítico y apego a la verdad.

Para entender las bases biológicas de la AE hay que tener presente que las relaciones sexuales que producen embarazo en la mujer son las que ocurren en el día de la ovulación o en cualquiera de los cinco días precedentes. Es decir, en cinco de los seis días de cada mes, en que una relación sexual puede generar un embrión, ésta tiene lugar antes que haya un óvulo disponible para fecundar, y menos aún un embrión. Por lo tanto en la mayoría de los casos que requieren AE hay tiempo para impedir la fecundación por varios mecanismos. Por otra parte el Levonorgestrel es una droga que, al igual que la progesterona natural, actúa preparando el endo-

HORACIO B. CROXATTO. Médico-cirujano. Presidente de ICMER e investigador asociado de la Facultad de Ciencias Biológicas de la P. Universidad Católica de Chile.

FERNANDO ZEGERS. Doctor, Unidad de Medicina Reproductiva, Clínica Las Condes e Instituto Chileno de Medicina Reproductiva. Santiago, Chile.

* Publicado en *El Mercurio*, jueves 16 de mayo de 2004.

metrio para que la implantación del embrión sea exitosa. Tanto es así que en animales privados de progesterona por extirpación de sus ovarios, la administración diaria de Levonorgestrel es capaz de mantener el embarazo. Difícil concebir entonces que una droga que favorece la gestación sea abortiva.

A través de nuestras investigaciones y las de otros colegas, algunas publicadas y otras en proceso de publicación, hemos despejado las dudas más importantes sobre el mecanismo por el cual el Levonorgestrel (hormona que contiene la AE) previene sólo algunos embarazos pero no todos. De hecho, falla en un porcentaje elevado si se compara con la efectividad de los anticonceptivos hormonales de uso regular.

Entre otras situaciones, hemos constatado que la administración de Levonorgestrel después que se ha producido la fecundación no interfiere en absoluto con el desarrollo del embrión ni con la implantación en ratas y en monos. El Levonorgestrel sólo interfiere con el proceso generativo alterando la ovulación, tanto en la rata y la mona como en la mujer. Cuando la mujer lo toma en un momento de su ciclo menstrual en que aún puede interferir con la ovulación, se logra prevenir la fecundación. Si lo toma cuando ya ha ocurrido la ovulación, el método no funciona y la mujer se embaraza si es que ese ciclo era fértil. En síntesis, el Levonorgestrel usado como AE no es abortivo, lo cual le quita a la discusión sobre su disponibilidad el carácter ético y moral que revisten las discusiones sobre el aborto.

Considerando lo anterior, los juicios morales que hagan las personas respecto de uso de AE deben fundamentarse en los mismos elementos de valor respecto de otros métodos anticonceptivos de uso regular. La píldora en discusión debe ser considerada exclusivamente de emergencia, ya que su eficacia anticonceptiva es muy inferior a la de los anticonceptivos hormonales de uso regular. Es por esto que las autoridades sanitarias están obligadas a educar y dar normas para su uso.

Pedimos a las autoridades civiles y religiosas ser prudentes en sus mensajes y rigurosas en el análisis e interpretación de la información científica existente antes de afirmar que un método anticonceptivo atenta contra la vida de quien está por nacer.

* * *

SENTENCIA QUE REVOKA FALLO DE LA CORTE DE APELACIONES Y
DEJA SIN EFECTO RESOLUCIÓN DEL INSTITUTO DE SALUD PÚBLICA

Corte Suprema

[Sentencia del 30 de agosto de 2001, Rol N° 2.186-2001, que revoca el fallo de la Corte de Apelaciones del 28 de mayo de 2001. La Corte Suprema acoge los recursos de protección de los recurrentes y deja sin efecto la Resolución N° 2.141 del 21 de marzo de 2001, del Instituto de Salud Pública, que había materializado la autorización para comercializar el fármaco denominado Postinal, elaborado en base a Levonorgestrel.]

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada sólo en sus fundamentos primero, segundo, tercero y cuarto, eliminándose los demás restantes.

Y se tiene en su lugar y además presente:

En cuanto a la legitimación activa de los recurrentes.

1°.- Que para dilucidar si los recurrentes de Protección se encuentran legitimados para accionar como lo han hecho, a fin de evitar la autorización de la fabricación y posterior venta y distribución del fármaco que cuestionan por tener un efecto abortivo, se hace necesario examinar la disposición Constitucional que lo consagra y el alcance de la representación que se atribuyen para actuar a nombre de los concebidos, no nacidos, cuyo desarrollo y posterior nacimiento estaría amenazado por el mismo;

2°.- Que el medio o arbitrio procesal que constituye el Recurso de Protección, se encuentra establecido en términos muy amplios, precisamente para amparar y resguardar el ejercicio de aquellos derechos que se estiman más preciados por los individuos o la persona humana sin distingo de ninguna naturaleza. En efecto, el artículo 20 de la Constitución Política dispone: “El que por causa de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, sufriera privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1°, 2°, 3° inciso cuarto, 4°, 5°, 6°, 9° inciso final, 11°, 12°, 13°, 15°, 16° en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19°, 21°, 22°, 23°, 24° y 25° podrá 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;

3°.- Que en concepto de esta Corte, la legitimación activa de los actores, esto es la pretensión de obtener una decisión jurisdiccional respecto de la garantía constitucional invocada como agraviada por aquellas autoridades que señalan en su libelo, se encuentra fundamentada en lo que dispone nuestra Carta Fundamental, tanto en el ya recordado artículo 20, cuanto en su artículo 19 al establecer que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica y que la ley protege la vida del que está por nacer;

4°.- Que el derecho para proteger la vida que tienen los seres que aún se encuentran en etapa de desarrollo o de gestación y, que culminará en el nacimiento, también se encuentra entre los fundamentos de la legitimación activa que reclaman los actores, puesto que como asociaciones propenden a la defensa, protección, cuidado, preservación y desarrollo del pleno derecho a la vida y el respeto a la dignidad humana desde el momento mismo de la concepción. Por ello que han podido accionar para obtener, por esta vía de protección constitucional, el retiro de la autorización del fármaco uno de cuyos efectos podría ser abortivo;

5°.- Que, por otra parte, deben considerarse las disposiciones del artículo 75 del Código Civil que obliga al juez a tomar por propia iniciativa o a petición de cualquiera persona, “todas las providencias que parezcan convenientes para proteger la existencia del no nacido, siempre que crea que de algún modo peligrará” y las del Pacto de San José de Costa Rica, promulgado por Decreto N° 873 de 1990 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 05 de Enero de 1991, que en su artículo 4.1 declara: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”;

6°.- Que, el fundamento de los recurrentes de protección para invocar la decisión de los Tribunales, es que el Poder Judicial ejerza la facultad que le es propia —la jurisdicción— y resuelva el conflicto planteado, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Al respecto conviene tener presente que reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aún por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometido a su decisión;

7°.- Que, desde otro punto de vista, debe concluirse que no se ha recurrido por sujetos indefinidos y faltos de concreción, seres indeterminados que no podrían individualizarse para ser considerados titulares de la acción de protección de que se trata.

En efecto, las acciones entabladas tienen como finalidad proteger a seres en desarrollo después de la concepción y que en un momento determinado, acabado su desarrollo intrauterino, surgirán a la vida legal con todos los atributos de las personas que el estatuto jurídico correspondiente les reconoce.

Desde esta perspectiva debe admitirse y resolverse las peticiones planteadas por los recurrentes, pues efectivamente lo que aquí se decida, afectará a muchos no nacidos, en actual o futura etapa de gestación o desarrollo pre natal;

8°.- Que a mayor abundamiento, la legitimación activa sólo requiere que haya seres concretos existentes que pudieren ser afectados por la acción que se denuncia como arbitraria o ilegal, aún cuando no sepa dónde se encuentran ni se tenga certeza de su nombre y de ningún otro atributo individualizador. Esto no significa que el Recurso de Protección se utilice en el caso presente como acción popular o general a favor del orden jurídico, sino como una acción cautelar de derechos subjetivos concretos; tal como en otros casos, los tribunales han acogido recursos de protección respecto de una persona actualmente afectada, pero otorgando protección también a todas las otras personas afectadas en el presente y en el futuro.

Es así que en el caso de una acción ilegal o arbitraria que amenaza un derecho fundamental, es necesario que la persona titular del derecho sea cierta o probable en el momento de hacerse efectiva la amenaza. Si el sujeto no existe en el momento de formularse la amenaza —lo que impide recurrir por cualquiera a su nombre—, pero ciertamente existirá al momento previsto para el cumplimiento de la amenaza, el sujeto merece entonces la protección adelantada del derecho prevista precisamente por este recurso de protección, que contempla explícitamente la posibilidad de proteger contra una amenaza, acción por definición referida a la existencia del sujeto en el futuro;

En cuanto al fondo:

9°.- Que, para los recurrentes, la ilicitud constitucional de la autorización para la fabricación, venta y distribución de la droga Levonorgestrel, radica en que en uno de sus variados efectos, amenaza la vida del que está por nacer, y además, amenaza la integridad física y psíquica de las mujeres a quienes se les administraría, pues podría provocarles un aborto;

10°.- Que por otra parte, los recurridos han aceptado que uno de los posibles efectos del medicamento referido, administrado después de una relación coital sin protección, es la de evitar el proceso de implantación del óvulo fecundado en el útero de la madre, lo que ocurre dentro de unos 5 a 7 días después de la fecundación, puesto que su administración produce una

alteración o modificación en la respuesta del endometrio a las hormonas sexuales, haciéndolo menos apto o impidiendo su implantación;

11°.- Que en apoyo a su decisión para aceptar el fármaco con contenido de la droga Levonorgestrel en la calidad de “contraceptivo de emergencia” o “la píldora para el día siguiente” como comúnmente se le conoce, han citado una definición operativa de la Organización Mundial de la Salud y otra de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia que señalan que el embarazo comienza cuando el huevo fecundado se implanta en la pared uterina y que, el aborto inducido es el término del embarazo después de ocurrida la implantación;

12°.- Que en oposición, los recurrentes estiman, basados también en evidencias científicas, que el huevo fecundado, que es el embrión, es una célula viva, en la forma original y primera del ser humano, con un material genético único y distinto de sus progenitores destinado, desde ese momento, a dar origen a un ser humano.

Afirman que desde el instante en que el óvulo recibe al espermatozoide la totalidad de la información necesaria y suficiente se encuentra reunida en ese huevo y todo está escrito para ser un hombre que nueve meses más tarde podremos identificar plenamente. Después de la fecundación a ese huevo fertilizado no entrará ninguna otra información genética.

En aval de su postura, afirman que muchos países consideran en su legislación que el momento de la concepción es el punto de partida desde el cual debe protegerse la vida humana y que desde ese momento merece ser protegido por el ordenamiento jurídico;

13°.- Que las acciones de protección entabladas se fundamentan como se ha dicho, en que el fármaco autorizado para ser utilizado post coitalmente, podría en uno de sus resultados afectar al huevo fertilizado ya, esto es, al embrión con toda su carga genética, impidiéndole su implantación en el útero y provocándose en consecuencia, un aborto;

14°.- Que en consecuencia, lo que debe resolverse es desde cuando podemos o debemos reconocer legítima y legalmente la existencia del ser humano, o más bien desde cuando corresponde otorgar protección constitucional a la existencia de la vida;

15°.- Que el derecho a la vida es la esencia de los derechos humanos, pues sin vida, no hay derecho.

El ser humano tiene derecho a la vida y debe estar protegido contra la agresión que atente contra ella y de exigir, además, de conductas positivas para conservarla;

16°.- Que la garantía del derecho a la vida y la protección del que está por nacer dispuesta por el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política

de 1980, se encuentra reforzada por otras disposiciones constitucionales entre las cuales se encuentra el N° 26 del mismo artículo 19 al disponer la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que los limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio; y, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución, que expresa que es deber de los órganos del Estado, respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la misma y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes;

17°.- Que desde la perspectiva señalada se hace evidente que el que está por nacer, cualquiera que sea la etapa de su desarrollo pre natal —pues la norma constitucional no distingue—, tiene derecho a la vida, es decir, tiene derecho a nacer y a constituirse en persona con todos los atributos que el ordenamiento jurídico le reconoce, sin que a su respecto opere ninguna discriminación;

18°.- Que el artículo 55 del Código Civil dice que son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición.

Si entendemos que la fertilización es, como es, un proceso continuo que no resulta separable en etapas o momentos, debemos concluir que el óvulo fecundado o embrión, es ya un individuo de la especie humana y como tal, digno de protección constitucional y legal para alcanzar su pleno desarrollo hasta que el nacimiento se produzca, conforme a lo que dispone el artículo 74 del mismo cuerpo legal;

19°.- Que además y confirmando lo anteriormente concluido, los artículos 75 y 76 del Código ya citado no dejan duda al respecto al disponer que la protección del que está por nacer comienza en la concepción. El primero de los citados artículos como ya se ha dicho precedentemente, señala que el Juez adoptará las providencias necesarias para proteger la vida del no nacido, y el segundo de ellos, señala que esta protección debe darse desde la concepción, estableciendo una presunción de derecho para determinar el día u oportunidad en que se produjo, sin hacer ningún otro cálculo ni descontar tiempo alguno, referido a la anidación del producto de la concepción ni a ningún otro fenómeno que pudiese producirse con posterioridad a la fertilización del ovocito por el espermatozoide;

20°.- Que cualquiera que hayan sido los fundamentos y consideraciones que tuvieran en vista las autoridades recurridas para autorizar la

fabricación y comercialización del medicamento denominado “Postinal” con contenido de 0,75 mg. de la hormona de síntesis Levonorgestrel, uno de cuyos posibles efectos es el de impedir la implantación en el útero materno del huevo ya fecundado, esto es, del embrión, han incurrido en una ilegalidad puesto que tal efecto es a la luz de las disposiciones constitucionales, legales y convencionales analizadas precedentemente, sinónimo de aborto penalizado como delito en el Código Penal y prohibido aún como terapéutico, en el Código Sanitario.

Por estos fundamentos y atendido lo dispuesto en los artículos 1º, 5º inciso segundo, 19 N° 1 y 26, 20 y 73 de la Constitución Política; 55, 74, 75 y 76 del Código Civil y artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica y Auto Acordado sobre Tramitación y Fallo del Recurso de Protección de la Excma. Corte Suprema, **se revoca** la sentencia apelada de veintiocho de mayo del año en curso, escrita de fs. 850 y se declara que **se acogen** los recursos de protección deducidos a fojas 17, 319, 379 y 411, y restableciéndose el imperio del derecho a la vida se declara que **se deja sin efecto** la Resolución N° 2141 del 21 de marzo del año en curso, del Instituto de Salud Pública que concedió el Registro Sanitario al fármaco denominado “Postinal” y elaborado sobre la base de la droga “Levonorgestrel”.

Acordada con el voto en contra de los Ministros Sres. Yurac y Kokisch, quienes fueron de opinión de confirmar el fallo en alzada y rechazar el recurso de protección de que se trata, en virtud, además de las que dicho fallo contiene, a las siguientes consideraciones:

1º) Que el recurso de protección establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de evidente carácter cautelar, destinada amparar el libre ejercicio de las garantías y derechos claramente preexistentes y no discutidos, que en esa misma disposición se enumera, mediante la adopción de medidas de resguardo que se deben adoptar ante un acto arbitrario o ilegal que impida, moleste o amague ese ejercicio;

2º) Que la naturaleza propia de la acción, recién aludida, y el procedimiento inquisitivo dispuesto para su tramitación, determinan que no sea procedente emplear este arbitrio constitucional para declarar, constituir o extinguir derechos, o introducirse al estudio y resolución de cuestiones que implican conocimientos de orden científico, materias todas propias de un juicio de lato conocimiento, en que haya amplias oportunidades de accionar, excepcionar, debatir, fundamentar y probar, para todas las partes en conflicto;

3°) Que, en armonía con lo consignado anteriormente cabe concluir que la presente vía no es la idónea para dilucidar el problema planteado por los recurrentes, siendo su resolución propia de un juicio declarativo, donde podrá establecerse en definitiva la naturaleza de la píldora y su modo de actuar en los embriones humanos, todo lo que envuelve analizar informes científicos complejos y otras probanzas pertinentes y decidir acerca de su verosimilitud, de tal manera que no resulta conducente que se pueda proceder pronto y eficazmente en resguardo del derecho aparentemente amenazado utilizándose para ese objetivo un recurso de protección;

4°) Que, asimismo, conviene destacar que tampoco sería admisible que el Tribunal entre primero a proteger y deje para más adelante una controversia más extensa; que igualmente decida a favor del derecho prima facie amenazado, sin perjuicio de que después, mediante la producción de una prueba adicionalmente más completa, se demuestre que no existía dicha amenaza, a primera vista verosímil. La situación recién descrita traduce una plena e ineludible discusión de fondo sobre la denominada “píldora del día después” y conlleva a adoptar una posición acerca del estatuto jurídico del embrión humano, aspectos todos que no pueden ser satisfechos por una acción constitucional de carácter cautelar.

Redacción del Ministro Sr. Medina y la disidencia del Ministro Sr. Yurac.

Regístrese y devuélvase con sus agregados.
N° 2.186-2001.

* * *

SENTENCIA QUE RECHAZA LOS RECURSOS
DE PROTECCIÓN INTERPUESTOS

Corte de Apelaciones de Santiago

[Sentencia del 28 de mayo de 2004, Rol N° 850-2001, que rechaza el recurso de protección incoado en nombre de los individuos por nacer que se encuentran concebidos, porque dichos sujetos —señala el fallo— carecen de la definición y concreción que la ley exige para que sean titulares de derechos protegidos constitucionalmente.]

VISTOS y teniendo presente:

1° Que recurren de protección, a fojas 17, Sara Philippi Izquierdo, en representación de la Organización no Gubernamental de Desarrollo para la Investigación, Formación y Estudio sobre la mujer (ISFEM), Patricio Mena González, por el Centro Internacional para la Vida Humana y Elizabeth Bunster Chacón, por el Movimiento Mundial de Madres; a fojas 89, Francisco Chahuán Chahuán, por la Organización no gubernamental Frente por la Vida y la Acción Solidaria; a fojas 379, Juan Jara Opazo, en representación del Centro Juvenil Ages y a fojas 411, Patricio García Palominos, por el Movimiento Nacional por la Vida “Antü-Küyen”, en contra del Instituto de Salud Pública y de la Ministra de Salud y los tres últimos, en contra también del Laboratorio Médico Silesia S.A., a favor de ellos mismos, de los que están por nacer en Chile, de sus madres y padres, y en especial por toda mujer, víctima potencial, por su derecho a la vida, que consideran amagado por el acto arbitrario e ilegal de la autoridad sanitaria, que ha acogido a tramitación y luego dado su aprobación a la comercialización del fármaco Postinal.

Fundamentan el recurso en que el citado fármaco, en comprimidos recubiertos 0,75 mg, que se ha autorizado, contiene la droga Levonorgestrel en dosis de 0,75, es abortiva y su objeto es impedir embarazos no deseados, toda vez que su administración inhibe la ovulación, evita la fecundación del óvulo, al hacer perder a las trompas de Falopio aquellas contracciones que permiten el desplazamiento espermático, alteran el moco cervical haciéndolo impermeable a los espermios, y, por evitar la anidación del huevo al provocar la atrofia del endometrio.

Estiman legítima la acción de que hacen uso, al ser coherentes con los fines perseguidos por cada una de las organizaciones que representan, además de haber actuado a nombre propio.

Solicitan la declaración de ilicitud constitucional de la droga Levonorgestrel, se reconozca el derecho a la vida del que está por nacer desde el momento de la concepción y se ordene a la recurrida abstenerse de autorizar la comercialización del Levonorgestrel, todo con costas.

2° Que informando la señora Ministra de Salud, a fojas 63, 557, 796 y 799, como cuestión previa, precisa que el producto farmacéutico “Postinal”, cuya solicitud de registro se cuestiona, está elaborado sobre la base de la droga Levonorgestrel y fue presentado por el Laboratorio Silesia S.A. al Instituto de Salud Pública, conforme lo disponen los artículos 94 y 102 del Código Sanitario y 37 del Decreto Ley 2763 de 1979 (su Ley Orgánica), sin que exista en la reglamentación aplicable en la especie ninguna disposición que permita el rechazo de plano a una solicitud de esta naturaleza. Por el contrario, la denegación del registro debe ser dispuesta por resolución fundada en antecedentes técnicos que la justifiquen, previo pronunciamiento del Ministerio que representa.

Y en lo que se refiere al fondo del debate planteado por los recurrentes, señala que ha sido encomendada a la ley la protección de la vida del que está por nacer, al tipificar en el artículo 342 y siguientes del Código Penal, el delito de aborto y en el artículo 119 del Código Sanitario, al prohibir cualquier acción destinada a interrumpir el embarazo —refiriéndose al aborto terapéutico— amén de los artículos 74 y siguientes del Código Civil, relativas al principio y fin de la existencia de las personas.

Argumenta, que el medicamento que se cuestiona, cuya comercialización en Chile por el Instituto de Salud Pública, se fundamenta en la necesidad terapéutica de su indicación anticonceptiva, sin atentar contra la vida de una criatura ya concebida, ni perseguir la interrupción de un embarazo, sino por el contrario, busca prevenir y eliminar, en la medida de lo posible, el aborto provocado que se origina en la falta de acceso, mal uso o defecto a los medios de planificación familiar o legítimos mecanismos de anticoncepción.

Refiere, que actualmente existen registrados y comercializados en Chile, diferentes productos anticonceptivos formulados sobre la base del principio activo del progestágeno Levonorgestrel, en una dosis de 0,75 mg., sólo o en asociación, prescritos por los profesionales médicos, dentro de los programas de planificación familiar y regulación de la fertilidad, usados periódicamente durante el ciclo menstrual.

Define la contracepción postcoital, o de “emergencia”, como un conjunto de métodos que, utilizados con posterioridad a una relación sexual coital, sin protección, puede evitar, según la etapa del ciclo menstrual en que se utilice, la ovulación, la fecundación del óvulo femenino por

el espermatozoide, por alteración de su transporte y efectividad y como consecuencia de ella, la formación del embrión.

A la inversa, al haberse iniciado el proceso de fecundación, implantación o anidación del embrión, el método pierde totalmente su efectividad, sin ningún riesgo específico de malformaciones congénitas u otros propios de todo embarazo.

Agrega, que todos los preparados farmacéuticos de tipo anticonceptivos, de uso generalizado en el país desde hace aproximadamente cuatro décadas, actúan sobre las mismas bases y su diferencia con los denominados de “emergencia”, radica en su posología de inferior cantidad en miligramos además de su administración fraccionada diariamente durante el ciclo menstrual.

El producto que se discute, se pretende ponerlo a disposición de personas que han tenido una relación sexual sin contar con la debida protección anticonceptiva, en algunas de las situaciones que señala la guía de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.), el más alto organismo internacional especializado en la materia, tales como violación, acto sexual voluntario sin protección anticonceptiva o uso incorrecto o inconsistente de un método anticonceptivo.

3° Que hace lo propio el Instituto de Salud Pública, a fojas 104 y 609 pidiendo el rechazo de los recursos, refiriéndose circunstanciadamente a la tramitación de la solicitud del medicamento farmacéutico Postinal, presentada por el Laboratorio Silesia S.A., a los profesionales que integran la Comisión de Evaluación, con indicación de sus respectivos cargos docentes universitarios y votación final.

A continuación, explica en qué consiste la fertilización; lugar en que se produce: momento de la implantación que da inicio al proceso embrionario; formación de la placenta y existencia de un feto; funciones del ovario en la producción de hormonas; el fin de ellas, en especial la progesterona, para, finalmente, instruir acerca de los métodos anticonceptivos orales.

Continúa que, entre los últimos se encuentra el Levonorgestrel, que es una progestina sintética, biológicamente activa, utilizada como principio en más del 70% de los anticonceptivos que se comercializan a nivel nacional y mundial, cuyo mecanismo es la prevención del embarazo, inhibiendo la ovulación y efectuando cambios en el mucus cervical, que impiden la migración de los espermatozoides y la consecuente fertilización y advierte sobre sus efectos adversos, entre los que se encuentran, en algunos casos, sangramientos irregulares, acné, dolores de cabeza y náuseas.

Explica, que se usó inicialmente en la anticoncepción de emergencia, en altas dosis durante cinco días, con algunos fenómenos adversos de aquellos descritos precedentemente, por lo que la administración del Levonorgestrel en dos dosis de 0,75 mg, separadas en doce horas, ha demostrado mayor efectividad y reducido sus efectos desfavorables.

A continuación nombra 51 productos farmacéuticos registrados en el país que contienen Levonorgestrel en asociación con otros principios activos y cinco de aquellos que contienen únicamente dicha hormona, con indicación de los Laboratorios que los fabrican o comercializan.

Concluye, con los fundamentos científicos que refiere abundantemente, que el producto farmacéutico que motiva el recurso, no es abortivo, a nadie obliga su autorización de comercialización, nadie está obligado a comprarlo o a consumirlo, de tal modo que quien se sienta violentado en sus más íntimas convicciones, está en completa libertad de acción a su respecto.

4° Que, a su vez y a fojas 343 el Laboratorio Silesia S.A., pide el rechazo de los recursos por estimar que no se ha cometido ningún acto ilegal o arbitrario en la solicitud que presentara al Instituto de Salud Pública de registro para la comercialización del producto farmacéutico Postinal, comprimidos recubiertos 0,75 mg. de Levonorgestrel, presentada como respuesta al permanente requerimiento del Cuerpo Médico de contar con un producto de esa naturaleza que le permitiera evitar el uso de otros en base a combinaciones cuyos efectos secundarios se hace difícil tolerar a algunas pacientes y fue así como una vez acompañada toda la documentación requerida, que se pone a disposición del tribunal, la autoridad competente lo evaluó favorablemente, registrándolo a su nombre, con el número F-7523/11, para los efectos de su fabricación y venta en el país, en las condiciones que se detallan en la resolución 2141 de 21 de marzo del presente año.

5° Que la acción cautelar por la que se recurre, tiene su origen en el texto del artículo 20 de la Constitución Política de la República, cuyo objeto ha sido amparar el legítimo ejercicio de alguna de las garantías establecidas en su artículo 19, para cuyo ejercicio es preciso definir la persona del afectado en cuyo favor se recurre. Dicho de otro modo, a quien le corresponde la legitimación procesal activa para recurrir por esta vía.

6° Que la definición aludida debe asentarse en un grado de convicción que no permita la existencia de reserva alguna sobre su procedencia.

En tal caso, el sujeto activo que ejercita la acción de protección constitucional habrá de aparecer claramente definido en los propios térmi-

nos de la disposición legal citada, que se inicia señalando textualmente “El que por causa de actos u omisiones...”.

La premisa básica de exigir como afectado a una persona o ente determinados, excluye la pretensión de que la acción de protección tenga el carácter de general o popular, que permita su ejercicio por cualquiera aún cuando no aparezca directamente perjudicado.

7° Que, por otra parte, el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema, para la tramitación y fallo del recurso de protección, al disponer que el de la especie puede interponerse por el afectado o por cualquiera otra persona a su nombre, no significa sino que un tercero, capaz de parecer en juicio, y aunque carezca de mandato para ello, pueda plantearlo, pero sólo como intérprete de la voluntad del afectado por el acto ilegal o arbitrario que vulnera algunos de los derechos que lo hacen procedente.

8° Que de lo razonado debe concluirse necesariamente que para que pueda prosperar un recurso de esta naturaleza, debe existir un sujeto pasivo perturbado, privado o amenazado en el legítimo ejercicio de sus derechos, que por sí o por tercera persona, requiera la correspondiente actividad judicial para obtener un pronunciamiento sobre la ilegalidad o ilegitimidad de un acto que produce menoscabo en alguno de sus derechos protegidos constitucionalmente.

9° Que en la especie, se ha recurrido por diferentes organizaciones en favor de personas naturales, a nombre propio, de las entidades que representan, por los individuos por nacer en Chile que se encuentran concebidos y por sus padres, sujetos todos indefinidos y faltos de la concreción indispensable que la ley exige para ser titulares de la acción de protección de que se trata.

10° Que de todo lo anterior se desprende que los recursos intentados no se ajustan a las exigencias que establecen las disposiciones tanto constitucionales como las que emanan del Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema para su tramitación y fallo, por lo que deben desestimarse.

11° Que la discusión de orden doctrinario planteada en los diferentes recursos y consiguientes informes, además de los estudios científicos y técnicos que sirvieron de fundamento a la decisión del Instituto de Salud pública, que controvierten los recurrentes, son ajenos a esta acción de protección, desde que requerirían una instancia de lato conocimiento además de prueba diversa y compleja, procedimiento que no se aviene con su objetivo de ser un remedio pronto y eficaz que preste inmediato amparo a un eventual afectado.

Y visto además lo dispuesto en el Auto Acordado de la Excma. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de ga-

rantías constitucionales, **se rechazan los recursos** de la especie, deducidos a fojas 17, 319, 379 y 411, con costas.

Acordada con el voto en contra de la ministro señorita Morales quien estimó procedente el recurso tanto respecto a la titularidad de quienes concurren, como a la materia que se ha sometido al conocimiento de esta Corte, y en atención al mérito de los antecedentes acumulados a los autos y lo expuesto por las partes, estuvo por acogerlo y dejar sin efecto la Resolución N° 2141 de 21/3/2001 del Instituto de Salud Pública que concedió el Registro Sanitario del fármaco “Postinal” elaborado sobre la base de la droga “Levonorgestrel”;

Funda su desidencia en lo siguiente:

a) Los recursos acumulados tienen como finalidad que esta Corte adopte las providencias necesarias para asegurar el derecho a la vida del que está por nacer desde el momento de la concepción, derecho que estiman amenazado por la comercialización del fármaco Postinal elaborado sobre la base de la droga Levonorgestrel cuyo efecto es impedir que el óvulo fecundado anide en el endometrio por la vía de eliminar las condiciones necesarias para que dicho anidamiento se produzca;

b) La Constitución Política de la República de Chile reconoce como el primero y fundamental de todos los derechos que garantiza, el derecho a la vida, e impone a la ley el deber de proteger la vida del que está por nacer, lo que implica necesariamente su protección en todas las fases de su desarrollo desde la época de la concepción;

En efecto, La Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada “Pacto de San José de Costa Rica”, que fue ratificada por Chile y aprobada por el Decreto N° 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991, establece en su artículo 4° N° 1; “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

c) Estimándose por los recurrentes comprometido aún en grado de amenaza el derecho de los concebidos, que, como tales, no tienen existencia legal como personas, quienes han concurrido en estos autos acumulados solicitando el resguardo constitucional de ese derecho, tienen, en concepto de la disidente, la titularidad suficiente para requerir de esta Corte las medidas tendientes a obtener su protección en uso de sus facultades conservadoras;

d) Ahora bien, como ya se dijo en la letra a) y b) de este voto, nuestra Carta Fundamental y el Pacto de San José de Costa Rica, imponen

a la Ley en protección de la vida del que está por nacer, principio ya consagrado en el artículo 75 del Código Civil; y tanto este cuerpo legal, artículo 76, como la Convención citada, en su artículo 4° N° 1, fijan el inicio de la vida desde la época de la concepción;

Consta de estos antecedentes acumulados el amplio debate tanto en el orden científico como en el orden moral que se ha suscitado alrededor del tema que nos ocupa, lo que de por sí suscita graves dudas sobre los efectos del fármaco en cuestión, en la interrupción del normal desarrollo del cigoto hacia sus distintas fases, célula en la que ya se encuentra la vida con toda su potencialidad de evolución hasta llegar a su concreción como persona por el hecho del nacimiento;

e) Por consiguiente, en concepto de quien disiente el Instituto de Salud Pública, que como órgano del Estado está obligado a someterse a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, incurrió en manifiesta ilegalidad al dictar la Resolución impugnada, por lo que la ministra disidente estuvo por dejarla sin efecto acogiendo así los recursos deducidos.

Regístrese y notifíquese.

Redactó la ministra señora Valdovinos y el voto disidente su autora.

Rol N° 850-2001 y acumulados roles 1579, 1676 y 1737 de 2001. ☐