ISSN: 0719-2150

Revista Chilena de

DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO

2020

VOL 11/2

ISSN 0718-9389 e-ISSN 0719-2150 diciembre 2020 vol. 11 Núm. 2

REVISTA CHILENA
DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS

Representante legal
Dr. Aliro Bórquez Ramírez, Rector

Director Editor
Dr. David Almagro Castro, Universidad Católica de Temuco, Chile

Comité Editorial Área Jurídica

Dr. Mártin Haeberlin, Centro Universitario UniRitter, Brasil
Dr. Augusto Martin de la Vega, Universidad de Salamanca, España
Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul, Brasil
Dr. Víctor Javier Vázquez Alonso, Universidad de Sevilla, España
Dr. Felipe Paredes, Universidad Austral de Chile
Dra. Patricia Toledo Zúñiga, Universidad Austral de Chile, Chile
Dr. Manuel Carrasco Durán, Universidad de Sevilla, España
Dr. David Martín Herrera, Universidad Nacional de Educación a Distancia, España

Comité Editorial Área Ciencia Política

Dr. Christopher Martínez Nourdin, Universidad Católica de Temuco, Chile
Dra. Gabriela Tarouco, Universidad Federal de Pernambuco, Brasil
Dr. Leiv Marsteintredet, University of Bergen, Noruega
Dr. Eduardo Carreño Lara, Universidad de Chile, Chile
Dra. Jessica Mecellem, Sewanee: The University of the South, Estados Unidos
Dra. María Cristina Escudero Illanes, Universidad de Chile, Chile
Dra. Ana Isabel López García, German Institute of Global and Area Studies GIGA, Alemania
Dr. Carlos Miguel Rico Motos, Universidad Pontificia de Comillas, España

Comité Científico Editorial

Dr. Jorge Del Palacio Martín, Universidad Rey Juan Carlos, España
Dr. Jhon Polga–Hecimovich, United States Naval Academy, Estados Unidos
Dr. Ivan Mauricio Obando Camino, Universidad de Talca, Chile
Dr. Pablo Eduardo Slavin, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina
Dr. Enrique Pastor Seller, Universidad de Múrcia, España
Dr. Gabriel Negretto, Columbia University, México
Dr. Ginés Marco Perles, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, España
Dr. Miguel Azpitarte Sánchez, Universidad de Granada, España
Dr. Mauricio Morales Quiroga, Universidad de Talca, Chile
Dra. Claudia Heiss, Universidad de Chile, Chile
Dr. Pablo Nicolás Biderbost, Universidad Pontificia Comillas, España
Dr. Alfredo Di Pietro, Universidad Católica de Temuco, Chile
Dr. Juan Carlos Gómez Leyton, FLACSO Chile, Chile
Dr. Sergio Toro Maureira, Universidad Católica de Temuco, Chile
Dra. Agustina Palacios Rizzo, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina
Dr. Jordi Delgado Castro, Universidad de Talca, Chile
Dr. David Vallespín Pérez, Universidad de Barcelona, España
Dr. Paolo Comanducci, Universidad de Génova, Italia
Dr. Vladimir Aguilar Castro, Universidad de Los Andes, Venezuela
Dra. Yennesit Palacios, Universidad Pablo de Olavide, España
Dr. Leslie Wehner, Universidad de Bath, Alemania
Dr. Lorenzo Bujosa Vadell, Universidad de Salamanca, España
Dr. David Cienfuegos, Universidad Nacional Autónoma de México, México
Dr. Ariel Mantecón Ramos, Universidad de Valencia, Cuba
Dr. Jean Pierre Matus Acuña, Universidad de Chile, Chile
Dr. Rodrigo Coloma, Universidad Alberto Hurtado, Chile
Dr. Jaime Baeza, Universidad de Chile, Chile
Dra. Judith Schönsteiner, Universidad Diego Portales, Chile

Coordinadora Editorial

Claudia Campos Letelier, Universidad Católica de Temuco, Chile

Asistente de Coordinación

Hernán Sandoval Alarcón, Universidad Católica de Temuco, Chile

Corrector de Estilo y Diseñador

Ediciones Silsag

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ISSN 0718-9389 | e-ISSN 0719-2150 | VOL. 11 | NÚM. 2 | 15 de Diciembre de 2020

La *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* es una publicación científica editada por la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas, fundada en el año 2010. Su sello distintivo se basa en la existencia de dos secciones permanentes sobre el Derecho y la Ciencia Política entendidas como campos interdisciplinares. Su objetivo principal es la creación de espacios especializado que se beneficie de las sinergias que pueden y deben establecerse entre ambas especialidades.

La Revista publica trabajos de investigación originales que versen sobre las diferentes ramas del Derecho, manifestando especial interés en materia de derechos fundamentales y su proyección en el ordenamiento jurídico en su conjunto. En el campo de la Ciencia Política, recibe trabajos de investigación originales que aborden el estudio de las relaciones entre instituciones, actores y procesos políticos desde una perspectiva comparada, con especial preferencia en el ámbito Iberoamericano.

Revista *Chilena de Derecho y Ciencia Política* es una publicación semestral y está indexada en Latindex, Dialnet, Rebiun, CLASE UNAM, BCN (Biblioteca Congreso Nacional), Cisne (UCM), Al día (Universidad de Chile), V-Lex, El Mercurio Legal, EZB, WorldCat, MacEwan University, Academic Journal Database. Los números se publican en los meses de junio y diciembre de cada año.

Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política
Casilla 15 D, Temuco.
Teléfono: (56-45) 2205317
derechoycienciapolitica@uct.cl • www.derechoycienciapolitica.cl

Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política es distribuida bajo una Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-NoComercial 4.0.

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ISSN 0718-9389 | e-ISSN 0719-2150 | VOL. 11 | NÚM. 2 | 15 de Diciembre de 2020

Contenidos

Editorial.....**7**

Artículos de Investigación

Tatiana Cardoso Squeff, Lúcia Souza d'Aquino y Maria Luiza B. Targa
O império das medidas provisórias e a proteção do mercado no Brasil em tempos de pandemia.....**9**

Luíza Souto Nogueira y Mariana Orsini Simonetti Di Gregorio
Desigualdade de gênero e Covid-19: os reflexos da pandema na vida das mulher es.....**44**

Juan Francisco Rodríguez Ayuso
La reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico español: análisis de cuestiones de especial relevancia.....**61**

Luciano D. Laise
¿La justicia de la 'mano muerta del pasado'? Sobre la interpretación dinámica y el principio de legalidad penal.....**83**

María Belén Linares
Delitos informáticos en el Código penal argentino.....**122**

Carlos Huneeus Madge y Mariana Pastén Guzmán
¿Crisis del presidencialismo o crisis de la presidencia? El liderazgo presidencial de Sebastián Piñera.....**145**

Rafael Hernández Araya
Financiamiento de las campañas a la cámara de diputados en Chile 2017: estimación de factores explicativos.....**177**

Rodrigo Cuevas Ossandón y Jaquelin Morillo Remesnitzky
¿Todos los caminos llevan a Washington? Trayectorias de América Latina hacia un Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos (1990-2015).....**206**

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DICIEMBRE 2020 • E-ISSN 0719-2150 • VOL. 11 • Nº 1. PÁGS 7-8
DOI 10.7770/RCHDCP-V11N2-ART2399

Editorial

Cambio constitucional y ambiente político en Chile

Christopher A. Martínez
Coordinador
Área Ciencia Política
Universidad Católica de Temuco

En medio de la pandemia causada por el COVID-19, Chile vive un escenario político-institucional de gran relevancia y, al mismo tiempo, de mucha incertidumbre. Por un lado, se está desarrollando un proceso de cambio constitucional, el cual es histórico pues por primera vez la ciudadanía tiene participación directa y libre en él. El plebiscito del 25 de octubre entregó un mensaje claro: una abrumadora mayoría popular apoyó (i) el inicio de un proceso de reemplazo de la actual Constitución y (ii) que el mecanismo para hacerlo sea una Convención Constitucional (CC). Por otro lado, la política nacional ha mostrado signos preocupantes en cuanto a la baja legitimidad de la política y de sus principales actores, la creciente naturalización de la violencia como recurso político, una débil conducción de gobierno, y un Congreso Nacional en el cual parece primar el cortoplacismo, el radicalismo, la indisciplina y un discurso personalista. Esto último ha resultado, por ejemplo, en constantes conflictos entre el legislativo y el ejecutivo, tales como los intentos de acusación constitucional en contra de ministros de Estado, llamados a anticipar la elección presidencial, y el uso del veto presidencial, por mencionar algunos.

Ambos procesos están entrelazados. El actual contexto político es poco amigable a la construcción de grandes consensos y mayorías, los cuales son elementos fundamentales de cualquier proceso constitucional. Adicionalmente, los desafíos inmediatos del proceso constitucional nos hablan sobre la composición de la CC y si esta logrará reflejar fielmente la diversidad de la sociedad chilena. A ello se suma, como resultado del debilitamiento de los partidos políticos, la irrupción de un significativo número de candidaturas "independientes" para la elección de integrantes de la CC. La literatura académica no es ambigua en cuanto a los riesgos que involucra una democracia sin partidos o con partidos débiles. Basta pensar en la delicada situación

política de Perú, país que no posee partidos en su definición tradicional y que ha sido testigo de la renuncia y vacancia de tres presidentes en menos de tres años.

Todo lo anterior evidencia la necesidad de trabajos académicos surgidos desde la ciencia política y el derecho que contribuyan tanto a la compresión de las causas que nos llevaron al escenario actual, como a la elaboración de propuestas a ser discutidas en la CC. Un desafío importante de estos esfuerzos es desconcentrar territorialmente el debate público, el cual tiende a girar sobre una reducida elite intelectual asociada a instituciones académicas y centros de pensamientos de la región Metropolitana. Como *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* de la Universidad Católica de Temuco, extendemos la invitación a descentralizar la discusión sobre el momento político y constitucional que vive actualmente el país.

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DICIEMBRE 2020 • E-ISSN 0719-2150 • VOL. 11 • Nº 2. PÁGS 9-43
RECIBIDO 08/06/2020 - APROBADO 16/11/2020
DOI 10.7770/RCHDCP-V11N2-ART2235

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

O império das medidas provisórias e a proteção do mercado no Brasil em tempos de pandemia

El imperio de las medidas provisionales y la protección del mercado en Brasil en tiempos de pandemia

Tatiana Cardoso Squeff[1]
Universidad Federal de Uberlândia, Brasil

Lúcia Souza d'Aquino[2]
Universidad Federal de la Grande Dourados, Brasil

Maria Luiza B. Targa[3]
Universidad Federal de Rio Grande del Sur, Brasil

RESUMO Durante a pandemia de Covid-19 e diante da crise por ela gerada, nada mais natural que um governo atue na tentativa de conter não só o alastramento do vírus na sociedade, mas igualmente para mitigar as consequências diretas e indiretas por ele causadas nas mais diversas áreas, com especial atenção àquelas mais vulneráveis. O caso do Brasil não seria diferente se as medidas arquitetadas no âmbito do Poder Executivo não fossem largamente voltadas para setores e pessoas físicas e jurídicas que não necessariamente deveriam ser "socorridas" da forma como restou estipulado. Em vista disso, esse texto tem como objetivo discutir quatro Medidas Provisórias - MPs 925, 948, 958 e 966 - publicadas pelo Executivo brasileiro voltadas a proteção do mercado em detrimento da defesa do consumidor durante a pandemia, a fim de expor, a partir do método indutivo-dedutivo e de uma análise analítico-descritiva, o seu teor e verificar as suas incongruências, em especial, frente ao texto constitucional. Ao cabo, atento à Constituição de 1988 e à condição por ela reconhecida para a

1. Professora permanente da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia e Professora adjunta na graduação em direito internacional na mesma instituição. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS. E-mail: tatiafrcardoso@gmail.com.

2. Professora Substituta da Universidadade Federal da Grande Dourados. Doutora em Direito pela UFRGS. E-mail: luciasdaquino@gmail.com.

3. Doutoranda em Direito pela UFRGS. E-mail: mlbtarga@gmail.com.

proteção da dignidade humana daquele que consome, conclui-se que o Poder Executivo deveria pugnar pela sua defesa em primeiro lugar mesmo em meio à crise múltipla corrente, o que não é o caso das MPs comentadas, cuja inconstitucionalidade demanda que as mesmas não sejam transformadas em Lei pelo Congresso Brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE Medidas provisórias; covid-19; consumidor; Brasil.

RESUMEN Durante la pandemia del Covid-19 y ante la crisis que generó, nada más natural que un gobierno actúe en un intento por contener no solo la propagación del virus en la sociedad, sino también para mitigar las consecuencias directas e indirectas que provoca en las áreas diversas, con especial atención a los más vulnerables. El caso de Brasil no sería diferente si las medidas diseñadas en el ámbito del Poder Ejecutivo no estuvieran dirigidas en gran medida a sectores y personas naturales y jurídicas que no necesariamente deberían ser "rescatadas" en la forma estipulada. Ante esto, este texto tiene como objetivo discutir cuatro Medidas Provisionales – MPs 925, 948, 958 y 966 – publicadas por el Ejecutivo brasileño con el objetivo de proteger el mercado a expensas de la protección al consumidor durante la pandemia, con el fin de exponer, desde el método inductivo-deductivo y análisis analítico-descriptivo, su contenido y verificación de sus inconsistencias, especialmente en relación con el texto constitucional. Al fin y al cabo, atenta a la Constitución de 1988 y la condición que reconoce para la protección de la dignidad humana de quienes consumen, se concluye que el Poder Ejecutivo debe esforzarse por su defensa en primer lugar incluso en medio de la actual crisis múltiple, que este es el caso de los diputados comentados, cuya inconstitucionalidad exige que no sean transformados en ley por el Congreso brasileño.

PALABRAS CLAVE Medidas provisionales; COVID-19; consumidor; Brasil.

Introdução

A pandemia de SARS-CoV-2, iniciada ainda em dezembro de 2019 na província de Wuhan, China, pegou o mundo totalmente desprevenido[4]. Em função da globalização aprofundada pela qual perpassamos, em uma questão de semanas, o sudeste asiático já enfrentava o alastramento do vírus; e em meados de março, ele já atingia

4. Há evidências de que a administração passada dos Estados Unidos já cogitava uma possibilidade de pandemia, muito embora improvável. *Cf.* KNIGHT (2020).

todos os continentes habitados do globo[5], motivo pelo qual, inclusive, no dia 11 de março, a Organização Mundial da Saúde já declarava a existência de uma pandemia[6].

O Brasil teve o seu primeiro caso confirmado no dia 26 de fevereiro[7] e em 20 de março o governo já declarava a transmissão comunitária em todo o país[8]. Em 1º de junho de 2020, os casos confirmados somavam 529.405 pessoas, das quais 30.058 faleceram em função da Covid-19, doença causada pela SARS-CoV-2, no Brasil[9]. Logo, mesmo não tendo chegado ainda no pico da doença, o país já estaria ocupando a segunda colocação em número de casos, restando atrás dos Estados Unidos, e a quarta colocação em número de fatalidades, "perdendo" apenas para Estados Unidos, Reino Unido e Itália[10].

Esses números são alarmantes, especialmente considerando a existência de uma subnotificação crônica no Estado brasileiro tanto de casos, em função da inexistência de uma testagem ampla[11], como também de mortes[12], uma vez que diversos pacientes que vieram a óbito por síndrome respiratória aguda no país que não foram testados para a Covid-19, denotando a existência de uma verdadeira crise sanitária – crise essa que não se limita às questões de saúde pública, mas das mais diversas ordens, como a social, a econômica e a política.

Assim sendo, o Estado brasileiro viu-se – e ainda se vê – diante de uma crise múltipla, sem precedentes, a qual demanda uma reação bastante ativa por parte das autoridades públicas na tentativa de conter não só o alastramento do vírus na sociedade, mas também para mitigar as consequências diretas e indiretas por ele causadas nas mais diversas áreas. Nesse escopo, tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo brasileiro têm atuado ativamente[13], aprovando uma série de medidas normativas voltadas para tais fins.

Ocorre que, dentre essas medidas, aquelas arquitetadas no âmbito do Executivo têm gerado uma série de discussões, notadamente, quanto à sua constitucionalidade, vez que voltadas para setores e pessoas físicas e jurídicas que não necessariamente

5. SQUEFF *et al* (2020a).

6. WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020).

7. MONEYTIMES (2020).

8. VALENTE (2020a).

9. G1 (2020a).

10. G1 (2020a).

11. LAGO y TOLEDO (2020); O GLOBO (2020).

12. LOPES (2020).

13. Imperioso salientar que essa tem sido uma tendência do governo de Jair Bolsonaro à frente do Brasil, qual seja, governar por meio da edição de Medidas Provisórias (MPs), as quais, muito embora tenham efeito imediato a partir da sua adoção pelo Executivo e vigorem por 60 dias, prorrogáveis por igual período, devem ser apreciadas pelo Congresso Nacional para a sua conversão em Lei, sob pena de, se não forem votadas até o final deste período, perderem a validade (BRASIL [Constituição Federal], 1988, art. 62). Em 2019, foram editadas 48 MPs (SENADO NOTÍCIAS, 2020).

deveriam ser "socorridas" da forma como restou estipulado. Em vista disso, esse texto tem como objetivo discutir quatro Medidas Provisórias (MPs) editadas pelo Poder Executivo voltadas à proteção do mercado em detrimento da defesa do consumidor, a fim de expor, a partir do método indutivo-dedutivo e de uma análise analítico-descritiva, o seu teor e verificar as suas incongruências, em especial, frente ao texto constitucional.

Afinal, a Constituição Brasileira de 1988 determina não apenas a dignidade da pessoa humana enquanto um princípio norteador do ordenamento jurídico nacional em seu artigo 1º, inciso III, como também que a defesa do consumidor é, ao mesmo tempo, uma garantia fundamental e um princípio da atividade econômica, estando estes especificamente assinalados nos artigos 5o, inciso XXXII, e 170, inciso V, da Carta, os quais deveriam ser observados por todos no país[14], principalmente pelo Poder Executivo quando da edição de Medidas Provisórias.

Noutros termos, o dever de proteção dos consumidores é um direito humano fundamental[15] que, em função da sua eficácia vertical, torna-se uma obrigação que deve ser sustentada pelo Estado, incluindo-se aqui todos os seus Poderes, e não por ele(s) violada. É o que explicam Benjamin, Marques e Bessa:

> [O direito do consumidor é] um direito fundamental (direito humano de nova geração, social e econômico) a uma prestação protetiva do Estado, a uma atuação positiva do Estado, por todos os seus poderes: Judiciário, Executivo, Legislativo. É um direito subjetivo público geral, não só de proteção contra as atuações do Estado (direito de liberdade e direitos civis, direito fundamental de primeira geração em alemão *Abwehrrechte*), mas de atuação positiva (protetiva, tutelar, afirmativa, de promoção) do Estado em favor dos consumidores (direito a alguma coisa, direito prestacional, direito econômico e social, direito fundamental de nova geração, em alemão *Rechte auf positive Handlungen*) – grifos nossos[16].

14. BRASIL, Constituição Federal de 1988, Arts. 1(3), 5(32) e 170(5). *Cf. también*: SQUEFF (2018).

15. A sua 'fundamentalidade' advém do "o simples fato de que o ato de consumir consiste em uma prática comum a toda a sociedade mundial e que corresponde, em alguma medida, à própria sobrevivência de todo e qualquer ser humano, sobretudo na realidade contemporânea" DAHINTEN y DAHINTEN (2016) p. 8 [versão eletrônica]). Assim, se "[a] rigor, todas as pessoas são em algum tempo, ou em um dado número de relações jurídicas, consumidoras", notadamente em função desta ação permitir a sobrevivência do ser humano, o 'ser consumidor' – ou o direito de consumo – deve ser considerado um direito humano, pois "revela o reconhecimento jurídico de uma necessidade humana essencial, que é a necessidade do consumo" (MIRAGEM [2002], p. 4 [versão eletrônica]). *Cf. también*: EFING *et al* (2011) pp. 207-226.

16. BENJAMIN *et al* (2010) p. 31.

Portanto, atento à Constituição e à condição por ela reconhecida para a proteção da dignidade humana daquele que consome, o Poder Executivo deveria pugnar pela sua defesa em primeiro lugar, mesmo em meio à crise múltipla causada pela pandemia de Covid-19, pois é isso que demanda o texto fundamental do Estado brasileiro, não sendo factível a defesa de outros setores e pessoas (no caso, as jurídicas) em detrimento do consumidor, sem que, com isso, incorra-se em uma conduta ilegal, tal como se verifica nas MPs 925, 948, 958 e 966, que são o objeto de análise deste estudo e cuja análise segue nos próximos itens deste texto.

1. A Medida Provisória n. 925 e a proteção do setor de transporte aéreo

Dentre os modais de transporte para locomoção de pessoas, sem sombra de dúvidas o rodoviário e o aéreo se destacam como as formas mais utilizadas no Brasil. Segundo os últimos dados coletados pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), respectivamente, 82,0 milhões de pessoas utilizaram do transporte aéreo para se locomover por entre os estados da Federação em 2017, enquanto 38,7 milhões de pessoas utilizaram do transporte rodoviário (interestadual) no mesmo período[17].

Em termos de quantidade, em 2017 foram mais de 805,4 milhões de voos realizados no âmbito doméstico, com uma taxa de ocupação de 81,5%, enquanto o transporte rodoviário realizou apenas 1,1 milhões viagens, com uma taxa de ocupação de 88,2%[18]. Esses números denotam a preferência pelo uso do transporte aéreo por parte dos passageiros no Brasil e explicam a importância desse segmento no âmbito nacional, o qual, em 2017, "empregava 838,7 mil pessoas e contribuiu com US$ 18,8 bilhões para o PIB"[19].

Em vista disso, com o alastramento da Covid-19 no país seguido dos consequentes (a) fechamento de fronteiras externas brasileiras[20] e (b) adoção de medidas de distanciamento social por prefeitos e governadores[21], por certo que as pessoas deixariam de voar, não restando dúvidas de que este seria um dos setores mais afetados pela crise. Se mundialmente a média da capacidade de voos ficou na casa dos 59% em abril e na América Latina a redução da malha aérea foi de 73%[22], "[s]egundo a ANAC, a malha

17. BRASIL. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (2018) p. 26.

18. BRASIL. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (2018) pp. 25-26.

19. BOUÇAS (2019).

20. *Cf.* BRASIL, Portaria Interministerial n. 120 de2020, Portaria Interministerial n. 125 de 2020, Portaria Interministerial n. 126 de 2020, Portaria Interministerial n. 132 de 2020, y Portaria Interministerial n. 133 de 2020.

21. VALENTE (2020b).

22. FAVARO (2020).

aérea [brasileira] foi reduzida em 92% no mês de abril. As localidades atendidas pelas [companhias] aéreas no Brasil passaram de 106 para 46, e o número de voos semanais caiu de 14.781 para 1.241"[23].

Em termos econômicos, a Associação Internacional de Transportes Aéreos (IATA), estimou que os prejuízos às transportadoras aéreas será de aproximadamente 314 bilhões de dólares em função da pandemia no globo[24]. No Brasil, a estimativa também é de prejuízo: muito embora não haja números individualizados, estima-se que o setor de turismo, o qual inclui os serviços com transporte aéreo, terá uma redução de 38,9% no faturamento[25].

Portanto, na tentativa de auxiliar o setor a sobreviver à crise, o Presidente da República expediu, em 18 de março, a MP n. 925[26], que dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia causada pela Covid-19, segundo assevera o seu artigo 1º, entrando em vigor na data de sua publicação, como preceitua o artigo 4º[27]. Em relação ao seu artigo 2º, este refere que, nos contratos de concessão de aeroportos firmados pelo Governo Federal, as contribuições fixas (montante a ser pago em decorrência de oferta realizada através de leilão) e variáveis (montante anual resultante da aplicação de alíquota sobre a receita bruta da empresa concessionária do serviço e de suas subsidiárias integrais) que vencerem no ano de 2020 poderão ser pagas até o dia 18 de dezembro de 2020.

O artigo 3º, porém, atinge diretamente os consumidores. Ele estabelece que, em casos de não prestação do serviço contratado, independentemente do motivo, o prazo para reembolso do valor utilizado para adquirir a passagem aérea será de 12 meses, devendo ser observadas as regras do contrato, logo, *incluindo-se* quaisquer taxas e

23. FARIA y YUKARI (2020).

24. IATA (2020).

25. FGV (2020) p. 11.

26. A Medida Provisória foi convertida na Lei nº 14.034, de 05 de agosto de 2020. A redação original do texto da MP sofreu alterações e acréscimos advindas das 109 Emendas feitas no projeto no Congresso, as quais são ainda mais prejudiciais aos passageiros-consumidores, a exemplo da prestação de assistência material a ser concedida ao passageiro em casos de atrasos, cancelamentos e interrupções de voos que foi retirada quando da conversão em Lei; da limitação de utilização dos créditos pelos consumidores em até 18 meses do recebimento do mesmo quando não se sabe nem ao certo quando a pandemia irá terminar; e, em especial, a impossibilidade de concessão de danos morais em decorrência da falha na execução do contrato de transporte, o que atenta diretamente contra a Constituição Brasileira Para análise crítica a respeito da referida Lei, ver: SQUEFF y TARGA (2020b); SQUEFF *et al* (2020b); ATHENIENSE y TARGA (2020a).

27. BRASIL. Medida Provisória n. 945 de 2020.

multas ali presentes, mas mantida a assistência material nos termos da regulamentação vigente. O parágrafo 1º, contudo, traz uma outra possibilidade, qual seja, a da opção por parte do passageiro da obtenção de um crédito junto à companhia aérea correspondente ao valor pago pelo bilhete, neste caso, sem a incidência de quaisquer penalidades contratuais, para uso no prazo de 12 meses contados da data de partida do voo originariamente contratado. Ao seu turno, o parágrafo 2º refere que o referido artigo se aplica aos contratos de transporte aéreo firmados até 31 de dezembro de 2020, não indicando um marco temporal inicial.

Em outros termos, a MP estabelece que, para todos os contratos de serviço de transporte aéreo firmados até o final de 2020, independentemente da data de contratação, os passageiros possuem duas opções, afastando quaisquer outros prazos e medidas mais benéficas ao consumidor: (a) ou aceitam a conversão do valor pago em um crédito que deve ser utilizado em até 12 meses da data da viagem original, sem quaisquer custos adicionais, presumindo que o serviço estará disponível na sua integralidade nos meses subsequentes[28] e que os consumidores (e a sociedade) não estarão mais expostos ao vírus; (b) ou optam pelo reembolso do valor pago, o qual será realizado em até 12 meses a contar da data da solicitação do reembolso, deduzidas as penalidades contratuais, que, por vezes, são extremamente abusivas, e sem sequer mencionar eventual incidência de correção monetária e juros legais, tal como deveria suceder à luz da legislação consumerista pátria[29].

28. Deve-se recordar que as companhias aéreas estão redesenhando as suas rotas internas e internacionais, de modo que os passageiros poderão enfrentar dificuldades em obter a prestação do serviço nas mesmas condições da contratação. *Cf.* CAULYT (2020); G1(2020b).

29. Opções essas que foram corroboradas pela aprovação, em 13 de maio de 2020, da Resolução n. 557 da ANAC, a qual assinalou que o prazo para reembolso de compra de passagens aéreas será de 12 meses e que somente não serão cobradas as penalidades contratuais se aceito pelo passageiro um crédito para utilização em 12 meses a contar da data do voo original. A única exceção segundo a Resolução (e, logo, aplicável apenas a partir dessa data) seria que o prazo de reembolso não se aplicaria aos pedidos de desistência da passagem realizados no prazo de até 24h a contar do recebimento do bilhete elo passageiro. Para esses casos, o reembolso deve ocorrer em até sete dias a contar da solicitação feita pelo passageiro nos termos do art. 29 da Resolução n. 400/2016, ressalvando apenas que a compra da passagem aérea deve ter sido feita com antecedência de até sete dias em relação à data de embarque.

A Medida, por si só, não poderia ser admitida no ordenamento, pois se sobrepõe à leitura da legislação vigente[30], que protege o consumidor em razão da sua vulnerabilidade intrínseca nas relações de consumo[31] e que, ao assim fazer assegurava a dignidade humana do *homo economicus*[32] nos termos da Constituição (arts. 1, inc. III, e 5º, inc. XXXII), como também desconsidera a necessidade de conduzir-se a economia brasileira à luz de certos parâmetros, que servem como verdadeiros limitadores do mercado e do próprio capitalismo[33], dentre os quais está a defesa do consumidor (art. 170, inc. V).

Pior ainda é a questão que envolve a assistência material a ser prestada ao passageiro, "mantida" pelo art. 3º da MP n. 925, a qual corresponde à prestação de deveres acessórios ao contrato, como a satisfação das necessidades do consumidor pelo tempo de espera durante a prestação do serviço, nos termos do que prevê o art. 27 da

30. Refere-se aqui especificamente ao Código Brasileiro de Aeronáutica que afirma em seu art. 229 que "o passageiro tem direito ao reembolso do valor já pago do bilhete se o transportador vier a cancelar a viagem; e à Resolução n. 400/2016 da ANAC, que refere que o prazo para reembolso será de sete dias a contar da data da solicitação realizada pelo passageiro (artigo 29, *caput*), bem como que será integral em caso de cancelamento de voo, interrupção do serviço ou preterição de passageiro se solicitado no aeroporto de origem, de escala ou conexão, ou proporcional ao trecho não utilizado, se já iniciado o serviço (art. 30, inc. I e II). Referida Resolução também assinala que o reembolso pode ser convertido em crédito, com a condição que o passageiro assim aceite, sendo possível, inclusive, a utilização de crédito para aquisição de passagem aérea para terceiros (art. 31 e seus parágrafos) – ponto este que, de maneira falha, silencia a MP n. 925.

31. MARQUES y MIRAGEM (2014).

32. Acerca deste, explica Claudia Lima Marques: "Consumo é igualdade. Hoje ser cidadão econômico ativo é aproveitar das benesses do mercado liberal e globalizado como agente ativo e consumidor. Consumo é inclusão na sociedade, nos desejos e benesses do mercado atual. Em outras palavras, consumo é, para as pessoas físicas, a realização plena de sua liberdade e dignidade, no que podemos chamar de verdadeira 'cidadania econômico-social". MARQUES (2012) p. 407.

33. É o que exprime Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal: "A experiência demonstrou, todavia, que o sistema de auto-regulação do mercado nem sempre é eficaz em relação a um conjunto de outros aspectos dos produtos e serviços, como qualidade e segurança, veracidade das informações ao consumidor, vedação de cláusulas abusivas, atendimento pós-consumo etc. Daí a necessidade de uma regulamentação específica de proteção ao consumidor, que veio inscrita inclusive como um direito individual constitucionalizado. Trata-se, aqui, tanto de um princípio de funcionamento da ordem econômica, ao qual está vinculada a iniciativa privada, quanto de um dever do Estado". BARROSO (2001) p. 195.

Resolução n. 400/2016 da ANAC, e que está intimamente ligada à intimidade[34] e à honra[35] do consumidor, e cuja violação configura dano moral, passível de indenização nos termos do art. 5º, inc. X, da Constituição de 1988. Isso porque, ao citar a aplicação da legislação vigente, se esta, por suas determinações, vier a transgredir a citada honra e intimidade, incorrer-se-ia em um ato inconstitucional.

E justamente isso que se observa com a edição da Resolução n. 556, de 13 de maio de 2020, cujo teor modificou a assistência a ser prestada pelas companhias aéreas aos passageiros tal como previa a Resolução n. 400 de 13 de dezembro de 2016, nos termos do quadro comparativo abaixo[36]:

34. A intimidade corresponde "a porção mais escondida da individualidade da pessoa", que inclui "o conjunto de [...] hábitos", os quais não podem ser expostos publicamente voluntária ou involuntariamente. JORGE E SILVA NETO (2013) item 23.10 [versão eletrônica].

35. A honra aqui refere-se à sua espécie subjetiva, atrelada "ao sentimento que o indivíduo tem sobre si mesmo". JORGE E SILVA NETO (2013) item 23.12 [versão eletrônica].

36. Há outras modificações, como (a) a comunicação ao passageiro sobre alteração programada do horário e itinerário de voo, que da antecedência de 72 horas (art. 12 da Resolução n. 400/2016) passou a ser de 24 horas (art. 2 da Resolução n. 556/2020); (b) a reacomodação em voos de terceiros em caso de alterações programadas da empresa, atraso, cancelamento e interrupção, que era uma obrigação a ser cumprida na primeira oportunidade (art. 28 da Resolução n. 400/2016) que deixou de existir (art. 3, inc. II, da Resolução n. 556/2020); (c) da execução de serviço por outra modalidade de transporte, que se antes deveria ocorrer quando o passageiro compareceu ao aeroporto em decorrência de falha de informação do transportador ou em casos de atraso superior a 4 horas ou de cancelamento e interrupção do serviço (art. 12, §2º, inc. III, e art. 21 da Resolução n. 400/2016), agora não é mais obrigatório (art. 3, inc. III, da Resolução n. 556/2020); e (d) sobre o prazo para resposta às demandas do consumidor, que antes era de 10 dias (art. 39 da Resolução n. 400/2016) e agora obriga-se o uso da plataforma consumidor.gov.br (art. 4 da Resolução n. 556/2020).

Tabela 1 – Quadro comparativo entre as Resoluções da ANAC sobre a prestação de assistência material ao passageiro.

	Resolução n. 400/2016	**Resolução n. 556/2020**
ASSISTÊNCIA MATERIAL EM CASO DE ALTERAÇÃO PROGRAMADA DE VOO PELO TRANSPORTADOR; ATRASO, CANCELAMENTO E INTERRUPÇÃO	Art. 27, *caput*: Em caso de atraso superior a 1h, o passageiro tem direito a facilidades de comunicação; se superior a 2h, a alimentação e, se superior a 4h, a serviço de hospedagem e de traslado de ida e de volta.	Art. 3, inc. I: Se a situação decorrer do fechamento de fronteiras ou aeroportos, não estão as companhias aéreas obrigadas a prestar assistência material
FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO	Art. 27, inc. II: Em caso de atraso superior a 2h, o passageiro tem direito a refeição ou voucher individual.	Art. 3, parágrafo único: Não há obrigatoriedade no cumprimento dessa providência.

Fonte: elaboração própria.

Nesse passo, para os contratos firmados a partir de 13 de maio, tem-se que, sobre eles, incidirá a Resolução n. 556/2020, tal como prescreve o art. 3º da MP n. 925, tratando-se de uma violação da própria Constituição quando se caracterizarem as situações de não provimento de comunicação, alimentação, hospedagem e translado ao consumidor, pois violam a sua honra e intimidade na medida em que o deixam em uma condição ainda mais vulnerável do que aquela inerente à sua posição na relação de consumo.

Miragem, sobre o tema, ponderou que tais deveres acessórios ao contrato de transporte aéreo deveriam ser mantidos, sobretudo no caso da pandemia de Covid-19, pois mesmo que os cancelamentos e retardações de voos não sejam fatos plenamente imputáveis ao transportador, isso não os exoneraria de cumpri-los em função "do dever genérico de qualidade do serviço previsto no Código de Defesa do Consumidor, como também de regras específicas do contrato de transporte tomando como obrigação de resultado"[37]. Nesse passo, muito embora não cite a Constituição de maneira direta, o atual Secretário Extraordinário de Enfrentamento ao Coronavírus de Porto Alegre faz alusão a esta na medida em que o surgimento do próprio código consumerista brasileiro tem suas origens no texto constitucional de 1988, no 'Ato das Disposições Constitucionais Transitórias' que, em seu art. 48, determinou a sua criação pelo Congresso em 120 dias da promulgação da Carta.

37. MIRAGEM (2020) p. 7 [versão digital].

Logo, da simples leitura do seu teor, conclui-se que a MP procura beneficiar sobremaneira as companhias aéreas e também as concessionárias dos aeroportos, mitigando os seus gastos para o fim de permitir o seu funcionamento e fluxo de caixa durante a pandemia. Por outro lado, ela acaba por prejudicar demasiadamente os passageiros-consumidores dos serviços de transporte aéreo[38], que se encontram em uma situação de vulnerabilidade absoluta e agravada, em virtude da pandemia, por si só, que impede muitos brasileiros de pagar as suas despesas básicas, necessárias ao seu sustento e ao de suas famílias[39].

Outrossim, essa não foi a única Medida Provisória aprovada pelo governo brasileiro diante da pandemia que tende a favorecer os fornecedores em detrimento dos consumidores, sendo a MP n. 948 outro exemplo, conforme se verá a seguir.

2. A Medida Provisória n. 948 e a proteção ao setor do turismo e cultura às custas da redução dos direitos dos consumidores

Outra norma emitida pelo Poder Executivo com a finalidade de minimizar os prejuízos dos fornecedores em razão da pandemia é a Medida Provisória n. 948, de 8 de abril de 2020[40], que "dispõe sobre o cancelamento de serviços, de reservas e de eventos dos setores de turismo e cultura em razão do estado de calamidade pública (...) e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19)"[41]. Assim, em 6 artigos, a citada Medida Provisória definiu a resolução de questões decorrentes de cancelamentos de eventos dos setores de turismo e cultura.

38. TARGA y SQUEFF (2020a).

39. MARQUES *et al* (2020) p. 3 [versão eletrônica].

40. A Medida Provisória foi convertida na Lei nº 14.046, de 24 de agosto de 2020. A redação original do texto da MP sofreu alterações e acréscimos decorrentes das 296 Emendas sofridas no Congresso, as quais são ainda mais prejudiciais aos consumidores-turistas, pontualmente pela impossibilidade de obter-se imediatamente o reembolso do valor pago ou ainda pela imposição da realização dos serviços postergados em até 12 meses contados da data de encerramento da situação de calamidade pública, o que não necessariamente será a mesma data em que findará a pandemia no país, de modo que não se atenta aos interesses dos consumidores; não haver isenção de custo adicional quando da remarcação de serviço; a inexistência de um dever de reembolso de valores referentes à serviços de agências de viagens já pagos e, em especial, a caracterização de caso fortuito ou força maior para os casos envolvendo a pandemia, tornando impossível o pleito de danos morais. Para análise crítica a respeito da referida Lei, ver: ATHENIENSE y TARGA (2020b); y SQUEFF *et al*. (2020b).

41. BRASIL. Medida Provisória n. 948 de 2020.

O art. 2º prevê a *não* obrigatoriedade de reembolso de valores pagos pelo consumidor na contratação de serviços, reservas e eventos, estabelecendo a preferência pela (a) remarcação, (b) disponibilização de crédito "para uso ou abatimento na compra de outros serviços, reservas e eventos, disponíveis nas respectivas empresas" ou (c) por acordo realizado com o consumidor. Assim, o reembolso será a última alternativa, passível de solicitação por parte do consumidor em um prazo de até 90 dias da promulgação da MP (isto é, 07 de julho de 2020) quando nenhuma das outras opções se aplique e cujo adimplemento deve ocorrer em até 12 meses a contar do fim do estado de calamidade pública.

Ademais, especialmente quando a remarcação, o art. 2º estipula que ela ocorrerá sem a cobrança de taxas ou multas adicionais ao consumidor, devendo, outrossim, ser respeitadas a sazonalidade e os valores originalmente despendidos e o prazo de até 12 meses a contar do fim do estado de calamidade pública para que o serviço seja realizado. Já nos casos de disponibilização de crédito ao consumidor, este também poderá ser utilizado em até 12 meses a contar da data do encerramento do estado de calamidade.

O art. 3º, por sua vez, determina a aplicabilidade do art. 2º a prestadores de serviços turísticos e sociedades empresárias a que se refere o art. 21 da lei que institui a Política Nacional de Turismo[42], além de cinemas, teatros e plataformas digitais de vendas de ingressos pela internet. Já o art. 4º determina que os artistas já contratados quando da edição da MP que forem impactados por cancelamentos "não terão obrigação de reembolsar imediatamente os valores dos serviços ou cachês, desde que o

42. BRASIL. Lei Federal n. 11.771 de 2008. Art. 21: Consideram-se prestadores de serviços turísticos, para os fins desta Lei, as sociedades empresárias, sociedades simples, os empresários individuais e os serviços sociais autônomos que prestem serviços turísticos remunerados e que exerçam as seguintes atividades econômicas relacionadas à cadeia produtiva do turismo: I - meios de hospedagem; II - agências de turismo; III - transportadoras turísticas; IV - organizadoras de eventos; V - parques temáticos; e VI - acampamentos turísticos. Parágrafo único. Poderão ser cadastradas no Ministério do Turismo, atendidas as condições próprias, as sociedades empresárias que prestem os seguintes serviços: I - restaurantes, cafeterias, bares e similares; II - centros ou locais destinados a convenções e/ou a feiras e a exposições e similares; III - parques temáticos aquáticos e empreendimentos dotados de equipamentos de entretenimento e lazer; IV - marinas e empreendimentos de apoio ao turismo náutico ou à pesca desportiva; V - casas de espetáculos e equipamentos de animação turística; VI - organizadores, promotores e prestadores de serviços de infraestrutura, locação de equipamentos e montadoras de feiras de negócios, exposições e eventos; VII - locadoras de veículos para turistas; e VIII - prestadores de serviços especializados na realização e promoção das diversas modalidades dos segmentos turísticos, inclusive atrações turísticas e empresas de planejamento, bem como a prática de suas atividades.

evento seja remarcado, no prazo de doze meses, contado da data de encerramento do estado de calamidade pública"; já no caso de não prestação do serviço em tal prazo, devem se restituir os valores recebidos atualizados, no prazo de 12 meses a contar do encerramento do estado de calamidade pública.

O art. 5º ressalva que as relações de consumo regidas pela MP caracterizam hipóteses de caso fortuito ou força maior, não ensejando danos morais, multas ou outras penalidades previstas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor (CDC)[43].

Em que pese sua intenção de proteção de negócios jurídicos durante a pandemia, tendo em vista que a taxa de cancelamento de viagens em março foi superior a 85%[44], deixando o setor do turismo especialmente afetado, a MP n. 948 foi alvo de críticas, as quais centram-se especialmente na (1) desconsideração da vulnerabilidade do consumidor quando do ajuste interpartes, e (2) na consideração da pandemia enquanto caso fortuito e força maior, logo, (i) não sendo possível atribuir dano moral ao consumidor lesado e (ii) terminando por criar um salvo-conduto aos prestadores de serviço.

Acerca do primeiro ponto, Falcão ressalta que, apesar das adversidades enfrentadas pelos setores do turismo e cultura, o o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor deveria se manter absoluto, não devendo as medidas tomadas com a finalidade de socorrer um setor da economia se sobrepor à "conservação das garantias e dos direitos básicos do consumidor, em alusão ao que estipula a Constituição tanto no art. 5º, inc. XXXII, quanto no art. 170, inc. V, já citados[45].

Nesse caso, a convergência (dialogada[46]) de interesses é que deveria ser buscada – e não a sobreposição. Acerca disso, Falcão ressalta a importância do princípio da harmonia nas relações de consumo, previsto no art. 4º, III do CDC, compatibilizando

43. BRASIL. Lei Federal n. 8.078 de 1990. Art. 56: As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I - multa; II - apreensão do produto; III - inutilização do produto; IV - cassação do registro do produto junto ao órgão competente; V - proibição de fabricação do produto; VI - suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; VII - suspensão temporária de atividade; VIII - revogação de concessão ou permissão de uso; IX - cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; X - interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; XI - intervenção administrativa; XII - imposição de contrapropaganda. Parágrafo único. As sanções previstas neste artigo serão aplicadas pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, podendo ser aplicadas cumulativamente, inclusive por medida cautelar, antecedente ou incidente de procedimento administrativo.

44. VILELA (2020).

45. FALCÃO (2020).

46. É o que defende Sophia Vial ao tecer que, "ainda que seja razoável uma flexibilização da forma de devolução de valores pagos, há que se garantir um diálogo entre consumidor e fornecedor", pois,

a proteção do consumidor com as necessidades dos fornecedores; afinal, a "balança precisa manter-se no melhor equilíbrio possível entre a adoção de medidas de urgência e a preservação de valores e princípios, sob pena de se condenar o cenário socioeconômico a um colapso irreversível e de consequências deletérias"[47].

Assim sendo, quando a MP n. 948 determina a possibilidade de composição entre as partes como uma opção para resolver as questões envolvendo o ressarcimento, ela deveria ter igualmente considerado a vulnerabilidade intrínseca dos consumidores na sociedade de consumo, especialmente a informacional, sendo ingênuo pensar que as partes podem resolver impasses sem que o fornecedor se prevaleça da sua condição[48], especialmente num ambiente pandêmico. Logo, a falta de especificação do tipo de acordo e quais condições poderiam ser acordadas dificulta a verificação de sua adequação à lei e sua caracterização com uma solução justa para ambas as partes[49]– podendo vir a ferir, inclusive, o disposto no art. 5º, inc. XIV, da Constituição, a qual assegura a todos o direito à informação , lido em consonância com o art. 6º, inc. III, do CDC, que aponta "a informação[50] adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços" enquanto um direito do consumidor[51].

Já em relação ao segundo ponto, Vital direciona suas críticas ao art. 5º da MP n. 948, que caracteriza hipótese de força maior ou caso fortuito, isentando o fornecedor do pagamento de indenização por danos morais, além de multas e outras penalidades previstas no CDC. Segundo o autor, em consulta a Pfeiffer, este sustentou que o artigo "é de uma impropriedade completa. Se a possibilidade de dano moral está na Constituição, como você afasta por MP?" Pfeiffer ainda questiona o caso em que a situação causadora de danos morais ocorre não em razão da pandemia, mas do próprio comportamento da empresa, como por exemplo destratar um consumidor que busque ressarcimento. Segundo ele, a interpretação do art. 5º, nesse caso, seria um salvo-conduto que levaria a um prejuízo para o consumidor[52].

---

do contrário, se estaria "retirando direitos indenizatórios e fiscalizatórios", o que não é admissível à luz da própria Constituição de 1988. VIAL (2020).

47. FALCÃO (2020).

48. FALCÃO (2020).

49. FALCÃO (2020).

50. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 5: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional - grifos nossos.

51. BRASIL. Lei Federal n. 8.079 de 1990.

52. VITAL (2020).

Delmondes e Mello, por seu turno, entendem que o art. 5º impõe compulsoriamente uma excludente de ilicitude para os fornecedores, afastando o princípio da reparação integral, previsto tanto no Código Civil quanto no CDC – ambos apoiados no texto Constitucional, art. 5º, inc. V e X[53] –, em benefício dos artistas e empresários[54]. Outrossim, os direitos dos consumidores devem ser preservados, não importa a situação. As relações de consumo possuem como fundamento e base a boa-fé e a confiança, devendo despertar no fornecedor "o senso de responsabilidade"[55] e não uma oportunidade de 'sobreviver' em meio à crise, desconsiderando o papel que o consumidor terá no pós-pandemia em relação ao seu negócio, sendo imperioso, portanto, debater-se o "dever de solidariedade para manutenção contratual"[56] em detrimento do seu rompimento abrupto.

Com isso, percebe-se que as grandes – e acertadas – críticas em relação à medida residem na possibilidade de acordo entre fornecedor e consumidor e no teor do art. 5º da MP n. 948, que caracteriza caso fortuito e força maior e exclui o dever de indenizar por parte do fornecedor[57]. Nesse sentido, deve-se ressaltar o caráter de ordem pública e interesse social do Direito do Consumidor[58], cuja defesa, nos termos da Carta de 1988, cabe ao Estado, minando de inconstitucionalidade qualquer ato contrário a essa defesa.

Apesar disso, desconsiderando todas as imposições legais, o Poder Executivo tornou mais uma vez a buscar a preservação pura e simples do mercado em detrimento do cidadão, que, inclusive, está por trás da pessoa jurídica atuante nesse espaço, como ocorreu com a edição da MP n. 958, exposta a seguir.

---

53. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 5: [...] V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação - grifos nossos.

54. DELMONDES y MELLO (2020).

55. VIAL (2020).

56. VIAL (2020).

57. MUCELIN y d'AQUINO (2020).

58. BRASIL. Lei Federal n. 8.079 de 1990. Art. 1: O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5°, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

3. A Medida Provisória n. 958 e a promessa de mitigação dos impactos econômicos através da facilitação do acesso ao crédito

A pandemia de SARS-CoV-2, como referido, deflagrou uma série de crises no Brasil: "pelo menos 600 mil micro e pequenas empresas fecharam as portas e 9 milhões de funcionários foram demitidos em razão dos efeitos econômicos da pandemia do novo coronavírus"[59]. Com isso, o endividamento e a inadimplência crescem em ritmo acelerado no país[60], mesmo com "o auxílio emergencial de R$ 600 [e] o benefício pago a quem teve jornadas e salários reduzidos"[61]. Essa situação é extremamente perigosa, especialmente para a garantia da própria dignidade humana, pois as pessoas passam a restar desprovidas de alimentos, moradia, saneamento, entre outros direitos essenciais, os quais são imperiosos até mesmo para a luta contra a Covid-19.

Ocorre que as pessoas, nessas situações, tornam-se alvos fáceis para que instituições financeiras ofereçam-nas crédito, cujo pagamento, nas condições que lhes são impostas, provavelmente não será efetivado, conduzindo a um círculo vicioso e pernicioso do qual o consumidor não consegue se desvincular, gerando um aumento dos índices de superendividamento da população[62]. E, ao invés de buscar acelerar as propostas que já estão tramitando no âmbito do Poder Legislativo que oferecem respostas a situações como essa – a exemplo dos Projetos de Lei n. 3.515/2015[63] e n. 1.997/2020[64] – em prol do consumidor (super)endividado[65], o Poder Executivo terminou por agir de maneira oposta, facilitando o acesso ao crédito a empresas, na tentativa de mitigar os impactos econômicos decorrentes da pandemia nos negócios.

---

59. BROTERO (2020).

60. SIQUEIRA (2020).

61. MARTINS (2020).

62. MARQUES (2019) p. 245.

63. BRASIL. Câmara dos Deputados (2020).

64. BRASIL. Projeto de Lei n. 1.997 de 2020. Art. 2º: Fica estabelecida, em razão do estado de calamidade pública provocado pela pandemia de coronavírus (Covid-19), a moratória, até 12 de dezembro de 2020, das obrigações pecuniárias de consumidores pessoas físicas com vencimento a partir de 1º de abril de 2020, relativas a contratos vigentes anteriormente a 20 de março de 2020 e mencionados na presente Lei.

65. MARQUES *et al* (2020); MARQUES y PFEIFFER (2020).

Trata-se da promulgação da MP n. 958[66], em 24 de abril de 2020[67]. No seu primeiro artigo, dispensa as instituições financeiras públicas e suas subsidiárias, até o dia 30 de setembro do corrente ano, da apresentação de diversos documentos nas suas contratações e renegociações de operações de créditos realizadas diretamente ou por agentes financeiros.

A primeira dispensa diz respeito à apresentação de certidões de quitação de entrega de relação anual de empregados, para fins de contratação com o governo dos entes federados ou entidades paraestatais. Flexibiliza, assim, a exigência contida no artigo 362, parágrafo 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho[68].

A MP também dispensa a apresentação de certidão de quitação eleitoral para o fim de obtenção de empréstimos em estabelecimentos de créditos mantidos pelo governo ou de cuja administração este participe, bem como para celebrar contratos com tais entidades. Tal exigência está inserida no art. 7º, parágrafo 1º, inc. IV, do Código Eleitoral[69]. Igualmente, desobriga a apresentação de prova de quitação de tributos federais e certidão negativa de inscrição de dívida ativa da União, disciplinada pelo art. 62 da Lei Orgânica da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional[70].

---

66. BRASIL. Medida Provisória n. 958 de 2020.

67. No dia 24 de agosto, a referida MP perdeu a eficácia porque, embora tenha sido votada pela Câmara dos Deputados, não foi votada pelo Plenário do Senado Federal. Nesta casa, o prazo para a sua tramitação encerrou-se em 23 de outubro de 2020. Para maiores informações, acessar: https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/141701 y https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/08/24/medida-provisoria-que-facilitava-creditos-em-bancos-publicos-perde-a-validade.

68. BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452 de 1943. Art. 352§1º: As certidões de quitação farão prova até 30 de setembro do ano seguinte àquele a que se referiram e estarão sujeitas à taxa correspondente a 1/10 (um décimo do salário-mínimo regional. Sem elas nenhum fornecimento ou contrato poderá ser feito com o Governo da União, dos Estados ou Municípios, ou com as instituições paraestatais a eles subordinadas, nem será renovada autorização a empresa estrangeira para funcionar no País.

69. BRASIL. Lei n. 4.737 de 1965. Art. 7§1º: Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor: IV - obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos.

70. BRASIL. Decreto-Lei n. 147 de 1967.

A MP ainda libera a apresentação de Certificado de Regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) para fins de obtenção de favores creditícios, isenções, subsídios, auxílios, outorga ou concessão de serviços e outros benefícios concedidos por órgãos da administração dos entes federados[71]. Da mesma forma, dispensa a apresentação de Certidão Negativa de Débito para as contratações com o Poder Público e para o recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício por ele concedido, exigência imposta pelo art. 47, inc. I, alínea 'a', da Lei que dispõe sobre a organização da Seguridade Social[72].

A MP também isenta o cumprimento da determinação contida no art. 10 da Lei Federal n. 8.870/1994, que exige a apresentação de Certidão Negativa de Débito para fins de contratação de operações de crédito em instituições financeiras que envolvam recursos públicos, recursos do FGTS, do Fundo de Amparo do Trabalhador e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, e também para fins de liberação de parcelas previstas nesses contratos[73]. Dispensa, ainda, a apresentação de certidão de quitação com o FGTS expedida pela Caixa Econômica Federal para fins de operações de financiamento ou de obtenção de dispensa de juros, multa, correção monetária ou outro benefício com lastro em recursos públicos ou oriundos do FGTS[74].

---

71. BRASIL. Lei n. 8.212 de 1991. Art. 27: A apresentação do Certificado de Regularidade do FGTS, fornecido na forma do regulamento, é obrigatória nas seguintes situações: [...] b) obtenção, por parte da União, dos Estados ou dos Municípios, ou por órgãos da Administração federal, estadual ou municipal, direta, indireta ou fundacional, ou indiretamente pela União, pelos Estados ou pelos Municípios, de empréstimos ou financiamentos realizados com lastro em recursos públicos ou oriundos do FGTS perante quaisquer instituições de crédito; c) obtenção de favores creditícios, isenções, subsídios, auxílios, outorga ou concessão de serviços ou quaisquer outros benefícios concedidos por órgão da Administração Federal, Estadual e Municipal, salvo quando destinados a saldar débitos para com o FGTS.

72. BRASIL. Lei Federal n. 8.212 de 1991. Art. 47: É exigida Certidão Negativa de Débito-CND, fornecida pelo órgão competente, nos seguintes casos: I - da empresa: a) na contratação com o Poder Público e no recebimento de benefícios ou incentivo fiscal ou creditício concedido por ele.

73. BRASIL. Lei n. 8.870 de 1994. Art. 10: Sem prejuízo do disposto no art. 47 da Lei n. 8.212, de 1991, é obrigatória a apresentação de Certidão Negativa de Débito (CND) pelas pessoas jurídicas e a elas equiparadas, na contratação de operações de crédito junto a instituições financeiras, que envolvam: I - recursos públicos, inclusive provenientes de fundos constitucionais e de incentivo ao desenvolvimento regional (FNO, FNE, FCO, Finam e Finor); II - recursos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), do Fundo de Amparo do Trabalhador (FAT) e do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE); e § 1º A exigência instituída no caput aplica-se, igualmente, à liberação de eventuais parcelas previstas no contrato.

74. BRASIL. Lei Federal n. 9.012 de 1995. Art. 1º: É vedado às instituições de crédito realizar operações de financiamento ou conceder dispensa de juros, de multa ou de correção monetária ou

Ela também permite com que as empresas deixem de comprovar o recolhimento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, exigência imposta pela Lei Federal n. 9.393/1996, para o fim de concessão de incentivos fiscais e de crédito rural[75]". E, por fim, flexibiliza a exigência contida no art. 6º da Lei Federal n. 10.522/2002 referente à obrigatoriedade de consulta prévia ao Cadastro Informativo de créditos não quitados do setor público federal (Cadin), pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal para a realização de operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos, a concessão de incentivos fiscais e financeiros e a celebração de convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos aditamentos[76].

Os parágrafos desse primeiro artigo ressalvam, contudo, que tais dispensas não afastam a aplicação do disposto no parágrafo 3º do art. 195 da Constituição Federal, que veda a contratação com o Poder Público ou recebimento de benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios por pessoas jurídicas que estejam em débito com o sistema da seguridade nacional[77]. No mais, assinalam que a verificação dessa exigência se dará por meio de sistema eletrônico disponibilizado pela Secretaria Especial da Receita Federal e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Outrossim, referem que as instituições financeiras devem encaminhar a tais entidades, trimestralmente, a relação das contratações e renegociações de operações de crédito que envolvam recursos públicos. Por fim, ressalvam que as dispensas acima descritas não se aplicam a operações de crédito realizadas com lastro em recursos públicos ou oriundos do FGTS.

Em seu artigo 2º, disciplina que, até 30 de setembro, está suspensa a vigência dos seguintes dispositivos do Decreto-Lei n. 167/1967, que dispõe sobre títulos de crédito rural: o art. 58, parágrafo 2º, e o art. 76. O primeiro refere que, em havendo vinculação de novos bens em caso de mais de um financiamento, a cédula de crédito rural estará sujeita à averbação e à inscrição no Cartório do Registro de Imóveis. E, o segundo, disciplina que, até o resgate da cédula rural, serão segurados os bens nela descritos e caracterizados[78].

---

qualquer outro benefício, com lastro em recursos públicos ou oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), a pessoas jurídicas em débito com o FGTS.

75. BRASIL. Lei Federal n. 9.393 de 1996. Art. 20: A concessão de incentivos fiscais e de crédito rural, em todas as suas modalidades, bem como a constituição das respectivas contrapartidas ou garantias, ficam condicionadas à comprovação do recolhimento do ITR, relativo ao imóvel rural, correspondente aos últimos cinco exercícios, ressalvados os casos em que a exigibilidade do imposto esteja suspensa, ou em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora.

76. BRASIL. Lei n. 10.522 de 2002.

77. BRASIL. Constituição Federal de 1988.

78. BRASIL. Decreto-Lei n. 167 de 1967.

Já o artigo 3º altera o art. 4º da Lei Federal n. 6.313/1975[79], cuja redação original é a seguinte: "o registro da Cédula de Crédito à Exportação será feito no mesmo livro e observados os requisitos aplicáveis à Cédula Industrial". A nova redação é: "O registro da Cédula de Crédito à Exportação, cabível quando acordado entre as partes, será feito no mesmo livro, observados os requisitos aplicáveis à Cédula Industrial".

Por fim, o art. 4º revoga o inc. III, art. 10, da Lei Federal n. 8.870/1994, que dispõe sobre a obrigatoriedade de apresentação de Certidão Negativa de Débito por pessoas jurídicas na contratação de operações de crédito que envolvam recursos captados através de Caderneta de Poupança[80], e, ainda, revoga o artigo 1.463 do Código Civil, que contém a seguinte redação: "não se fará o penhor de veículos sem que estejam previamente segurados contra furto, avaria, perecimento e danos causados a terceiros"[81].

Da leitura do seu teor, constata-se que a MP n. 958 tem o objetivo de, efetivamente, facilitar o acesso ao crédito por meio de diversas concessões, vigentes até 30 de setembro de 2020. Ainda, de acordo com o Secretário Especial da Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, essa MP tem como objetivo principal ajudar a proteger empregos durante a pandemia[82]. No mais, mesmo que relativize obrigações impostas por lei, determina que as instituições financeiras enviem trimestralmente à Receita Federal e à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional da relação de contratações e renegociações de dívidas que envolvam recursos públicos, indicando os beneficiários, os valores e os prazos envolvidos, o que assegura a fiscalização daquelas entidades sobre tais negociações[83].

Embora, de fato, a facilitação de crédito possa auxiliar tanto na manutenção de empregos quanto no alívio financeiro das empresas (e dos empresários), permitindo fluxo de caixa e pagamento de despesas imediatas e de salários, é preciso sempre levar em consideração a necessidade de fornecimento de *crédito consciente* também para a pessoa jurídica. Ou seja, não basta conceder o crédito sob o argumento de que este é necessário para a sobrevivência e a solvência da empresa em decorrência da pandemia; é preciso analisar se a obrigação pode ser efetivamente assumida pela parte contratante e se esta terá condições de futuramente honrá-la, sob pena de o remédio passageiro e imediato se tornar, ele mesmo e a longo prazo, o motivo determinante (a) da ruína da empresa, o que impactaria diretamente o mercado interno, sobretudo em relação aos preços e disponibilidade de bens/serviços, e (b) do próprio Estado, uma

79. BRASIL. Lei Federal n. 6.313 de 1975.

80. BRASIL. Lei Federal n. 8.870 de 1994.

81. BRASIL. Lei Federal n. 10.406 de 2002.

82. ESTADÃO (2020).

83. BRASIL. Agência Senado (2020).

vez que os valores cedidos partem dos cofres públicos e a desconsideração da personalidade jurídica para fins de recuperação do montante seja bastante complexa[84].

E da mesma forma que ocorre com as demais Medidas Provisórias que foram editadas ao longo da pandemia, muitas vezes escritas às pressas, sem a análise e cuidado necessários, próprios do Poder Legislativo e do processo legislativo, vê-se que a MP em comento analisa unicamente o *momento presente*, sem se preocupar, a toda evidência, com o que ocorrerá no futuro e como serão honrados todos esses contratos de crédito e de renegociação que serão concedidos de forma facilitada, sem as cautelas necessárias.

Assim sendo, nos parece que melhor do que expedir essa MP teria sido buscar aprovar os Projetos de Lei que regulamentam o superendividamento das pessoas físicas, trazendo medidas de prevenção e de tratamento para tal, cujas disposições são refletidas, sólidas e têm como exemplo o direito comparado[85], e que buscam garantir o mínimo existencial para uma vida digna, em alusão ao art. 1º, inc. III, da Carta Política, sem contar o próprio art. 5º, inc. XXXII, uma vez que é dever do Estado *defender* do consumidor – o qual, no caos dessa MP, pode restar duplamente lesado, como referido acima.

Não só isso, cumpre alertar que se fosse realmente do interesse do Poder Executivo proteger o emprego em função da pandemia de Covid-19, essa MP teria como condão colaborar especialmente com o fornecimento de crédito ao micro e pequeno empreendedor, que têm sido os responsáveis pela criação de novos postos de trabalhos formais no Brasil na última década[86], e não as grandes empresas que são os grandes beneficiários da MP n. 958[87]. Se fosse esse o caso, o Poder Executivo poderia ter, inclusive, se inspirado nos projetos existentes voltados às pessoas físicas, na tentativa de fomentar o crédito consciente, assumido de boa-fé, em detrimento de um crédito ou congênere meramente facilitado, que, futuramente se tornará, sem sombra de dúvidas, outra despesa – quiçá até mesmo para o Estado.

Por isso, diante dessas medidas editadas pelo Executivo brasileiro, imperioso debater a responsabilidade dos agentes públicos em tempos de pandemia, particularmente, a exceção criada nesse campo, com a edição da MP n. 966, debatida no ponto subsequente.

84. Especialmente após a reforma introduzida pela MP n. 881/2019, convertida na Lei Federal n. 13.874 de 2019. Para uma análise, *cf.* PENTEADO y MILITELLO (2019).

85. DEUTSCHER BUNDESTAG (2020).

86. GIORDANO (2019).

87. OLIVEIRA (2020).

4. A Medida Provisória n. 966 e a (ir)responsabilidade dos agentes públicos

Por fim, em 13 de maio de 2020 foi publicada a MP n. 966[88], que trata da responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da Covid-19. Em três artigos, a Medida determina quais são os casos em que os agentes públicos podem ser civil e administrativamente responsabilizados por suas condutas em ações relacionadas à pandemia, "ressignifica[ndo] o conteúdo constitucional sobre a responsabilidade do Estado"[89], prevista no art. 37, parágrafo 6º[90].

Em seu art. 1º, a MP n. 966 dispõe que os agentes só poderão ser civil e administrativamente responsabilizados "se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente"[91], com as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública e combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia. O parágrafo 1º prevê que a responsabilidade pela opinião técnica não se estende automaticamente àquele que adotá-la como fundamento de decidir e somente se configura se houver elementos suficientes presentes para que o decisor possa aferir o dolo ou erro grosseiro da opinião ou se houver conluio entre os agentes.

O art. 2º, por seu turno, define o erro grosseiro como aquele erro manifesto, "evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia"[92], o que será aferido, de acordo com o art. 3º, considerando-se os obstáculos e as dificuldades reais do agente público; a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público; a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência; as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da Covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas.

88. Referida MP, atualmente, perdeu a validade a partir do dia 10 de setembro porquanto não chegou a ser votada no Congresso Nacional. Para maiores informações, acessar: https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/09/11/mp-que-impede-responsabilizacao-de-agente-publico-na-pandemia-perde-validade.

89. VALENTE (2020c).

90. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Art. 37: [...] §6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

91. BRASIL. Medida Provisória 966 de 2020.

92. BRASIL. Medida Provisória 966 de 2020.

A Medida não foi bem recebida, pois, "na prática, o que ela faz é blindar a União de questionamentos futuros por falta de informações sobre a pandemia"[93]. Logo após sua publicação, seis ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas, pela Rede Sustentabilidade (ADI 6421), pelo Cidadania (ADI 6422), pelo Partido Socialismo e Liberdade (ADI 6424), pelo Partido Comunista do Brasil (ADI 6425), pela Associação Brasileira de Imprensa (ADI 6427), pelo Partido Democrático Trabalhista (ADI 6428) e pelo Partido Verde (ADI 6431), que afirmaram preocupação "com os critérios de "blindagem" contidos na norma, que poderiam implicar a anistia ou o salvo-conduto a toda e qualquer atuação estatal desprovida de dolo ou erro grosseiro."[94]

Em 21 de maio foi julgado o pedido liminar das ações e proferida decisão no sentido de deferir a antecipação de tutela para:

> a) conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância, pelas autoridades:
>
> (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, com especial destaque para as orientações da Organização Mundial de Saúde; bem como
> (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; e
>
> b) conferir, ainda, interpretação conforme à Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente:
> (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades médicas e sanitárias, reconhecidas nacional e internacionalmente;
> (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Foram firmadas as seguintes teses:
>
> "1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância:
> (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou
> (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.
>
> 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente:

93. VALENTE (2020c).

94. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2020).

> (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e
> (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos".[95]

O Ministério Público do Estado de São Paulo, por sua vez, manifestou repúdio à MP n. 966, tecendo que a mesma "subverte alguns princípios basilares da Lei da Improbidade Administrativa", ressaltando que a *probidade administrativa não é um favor* que se presta à comunidade; pelo contrário, trata-se de um dever do homem público, o que torna a referida Medida "um desserviço ao país"[96].

A doutrina também se manifestou. De início, cumpre salientar a posição de Azevedo, para quem a MP n. 966 é inconstitucional exatamente por interferir no texto da Carta Política de maneira a tentar tornar parte dela – a culpa 'lato sensu' do agente – inaplicável e fazer com que a atribuição da responsabilidade seja largamente subjetiva, uma vez que não seria possível atribuir a 'culpa grave' a partir da observância de critérios previamente bem estabelecidos, revelando, assim, uma concepção *ditatorial* de Estado[97].

Inclusive, essa é a conclusão do Ministro Gilmar Mendes, juiz vogal da ação julgada em 21 de maio acima comentada. Apesar de o Ministro ter expressado o entendimento de que a pandemia permite uma flexibilização do regime jurídico e de que "as balizas trazidas [pela MP n. 966] não se distanciam do regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos constitucionalmente vigente mesmo em circunstâncias de normalidade", contido no art. 37§ 6º da Constituição, tendo o legislador ordinário buscado apenas "conferir maior segurança jurídica ao gestor público, preve[ndo] elementares culposas qualificadas, que pudessem trazer especificação normativa da conduta culposa moldada à práxis da gestão pública regulamentada", o que não se poderia permitir sob hipótese alguma ao gestor público é aplicar um "tratamento não deferente às normas técnicas aplicáveis", pois, essa conduta significaria chancelar a possibilidade de o "Presidente da República ou a qualquer outro gestor público a implementação de uma política genocida na gestão da saúde"[98]. Logo, mesmo concordando com os termos desta MP, o Ministro Gilmar Mendes considerou que as aberturas que ela permitiria não poderiam escapar das amarras legais.

95. REDE Sustentabilidade con Presidente da República (2020).

96. MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (2020).

97. AZEVEDO (2020).

98. REDE Sustentabilidade con Presidente da República (2020).

De certa maneira, pode-se dizer que o que o Ministro quis dizer é que existem limites técnicos para tal atuação, o que vai ao encontro das críticas de Lucchesi, para quem a tenacidade da linha divisória entre o certo e o errado é preocupante, especialmente quando diariamente são apresentados novos estudos sobre o vírus e sua transmissão, impondo revisão nos protocolos do governo, o que tem gerado uma verdadeira avalanche de normativas direcionadas aos setores público e privado, bem como à população em geral[99]. Para ele, o mais preocupante a respeito da medida não é sua "má técnica jurídica", mas o estabelecimento de um "princípio de irresponsabilidade jurídica" e a impressão, para os gestores, de que "o afrouxamento das medidas de contenção não acarretará responsabilidade (nem mesmo criminal[100]), independentemente de isto estar ou não no melhor interesse da saúde pública", o que traz prejuízos a toda a sociedade[101].

Bonin, ao seu turno, relembra que o Presidente, em suas recentes manifestações, chamou a pandemia de gripezinha, de histeria, de neurose, falou que a doença não mataria 800 brasileiros e propôs um churrasco no dia em que o número de mortos no Brasil ultrapassou os 10.000. Por fim, quando questionado sobre a proliferação da doença, respondeu aos jornalistas com um "e daí?"[102]. Após tais manifestações, houve a publicação da Medida, o que, segundo o autor, seria uma salvaguarda para suas manifestações e atitudes de enfrentamento da pandemia, como a sua dificuldade em manter um Ministro da Saúde (em 16 de abril de 2020 Luiz Henrique Mandetta deixou a pasta e em 15 de maio de 2020 Nelson Teich também deixou o cargo, que está ocupado interinamente pelo General do Exército Eduardo Pazuello), seus passeios "irresponsáveis" durante o período em que as recomendações da Organização Mundial de Saúde (OMS) reforçam a necessidade de isolamento social, sua ausência "na linha de frente da crise nos estados – ele sequer cogitou ver de perto o que acontece há semanas em Manaus ou em Belém – e a omissão do Planalto nas negociações com a China para compra de respiradores e insumos"[103].

99. LUCCHESI (2020).

100. "Em tese, são quatro os crimes possíveis relacionados à Covid-19 listados no Código Penal: Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio (artigo 131); expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente (artigo 132); causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos (artigo 267); e infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa (artigo 268)". VITAL y ROVER (2020). Foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal seis ações contra Jair Bolsonaro sobre o tema; as seis foram arquivadas. Acerca disso, *cf.* ROVER (2020) y VEJA (2020).

101. LUCCHESI (2020).

102. BONIN (2020).

103. BONIN (2020).

Tais fatos, aos quais acrescentamos a edição de inúmeras Medidas Provisórias inconstitucionais como aquelas abordadas ao longo deste texto (em que pese haja a necessidade de as mesmas serem assim declaradas pelo Supremo Tribunal Federal para que a responsabilidade civil por ato legislativo atípico se efetive[104]), em razão da MP n. 966, não seriam possíveis de responsabilização do Presidente da República, uma vez que, segundo Bonin, ela cria "outra narrativa para o presidente continuar fugindo do assunto realmente importante", sendo uma "tentativa desesperada do Presidente de escapar do buraco que ele mesmo cavou com esmero nessa crise"[105].

Assim sendo, o que se percebe da leitura do texto da norma é um afunilamento da previsão contida no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro[106], que trata da responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Ao afirmar que tal responsabilização *somente* ocorrerá nos casos previstos na Medida e que o erro grosseiro ou culpa grave serão caracterizados levando em consideração as incertezas a respeito da pandemia e de seus efeitos, tem-se a impressão de que diversas atitudes altamente questionáveis, desde a edição destas MPs em apreço a tantas outras ações como a desconsideração das determinações da OMS e a indicação de certos medicamentos, restariam blindadas de eventual responsabilização, o que fatalmente prejudicará a população mais vulnerável.

Considerações finais

No presente momento, em que o Brasil se encontra em meio a uma crise múltipla provocada pela pandemia de SARS-CoV-2, muito se tem ressaltado a polaridade entre defesa do consumidor ou da economia, o que não deveria ser a pauta para o momento. Em tempos pandêmicos, as relações de consumo deveriam ser ainda mais protegidas, vez que o consumidor não apenas representa o ser humano realizando uma conduta que lhe é vital, especialmente ao considerar o consumo enquanto atividade essencial para atingir-se o mínimo existencial, mas ele também é "uma das principais molas propulsoras da economia"[107].

Logo, ao deixar de proteger o consumidor para proteger o fornecedor, o Estado corre o risco de, finda a pandemia, estar em uma situação tal que não haja consumo suficiente para manter a economia do país ativa, mergulhando em uma recessão muito mais difícil de conter. Por isso, muito embora seja necessário a edição de medidas

104. ESTEVES (2003) p. 186.

105. BONIN (2020).

106. BRASIL. Decreto n. 4.657 de 1942. Art. 28: O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

107. FALCÃO (2020).

que tenham como fito contornar os efeitos da pandemia nas relações socioeconômicas do Estado brasileiro, o Poder Executivo não poderia ter esses dois polos enquanto antagônicos e avulsos, que permitiriam a proteção de um em detrimento do outro, tal como fez ao editar as MPs n. 925, 948 e 958.

Afinal, tais Medidas tiveram como principal enfoque a proteção ao mercado e à economia, através de ações que buscam mitigar os prejuízos enfrentados pelos fornecedores em razão da crise/pandemia. E justamente por essa razão é que essas Medidas vão diametralmente de encontro aos interesses fundamentais dos consumidores e ao próprio texto constitucional, o qual não só prescreve enquanto dever do Estado a proteção destes vulneráveis nas relações de consumo, como também determina que a sua defesa deveria ser balizadora das atividades econômicas conduzidas no Estado.

Assim, defende-se que as MPs não sejam convertidas em Lei Federal, cabendo ao Poder Legislativo assegurar que isso não ocorra. Até mesmo porque a defesa dos consumidores também é um dever para os legisladores, tal como também seria ao Poder Executivo, em que pese este esteja desconsiderando essa sua obrigação e muito provavelmente não seja nem punido por isso, igualmente em função de um ato próprio – a MP n. 966.

Esse fato faz relembrar, tal como fez Marques Neto, do 'Ensaio Sobre a Cegueira', de José Saramago, quando exprime que uma epidemia impõe uma nova regra, cujo conteúdo não deveria permitir "nem o justiçamento do administrador de boa-fé, nem a proliferação do vírus da incúria administrativa"[108], logo, exatamente o oposto do que ocorre atualmente no Brasil, onde as novas regras – as Medidas Provisórias aqui analisadas – são eivadas de inconstitucionalidade e nem mesmo isso impede que outras normativas infelizmente surjam e deixem de reproduzir tal quadro, em um claro desprezo para com o a parte vulnerável das relações de consumo, que inevitavelmente sofre sobremaneira com as consequências do atual quadro.

Referências

ATHENIENSE, Luciana y TARGA, Maria Luiza Baillo (2020a): "*Os impactos da Lei 14.034/20 nos direitos dos passageiros-consumidores.*" Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-09/opiniao-lei-1403420-direitos-passageiros-consumidores>. [Fecha de consulta: 03 de noviembre de 2020].

ATHENIENSE, Luciana y TARGA, Maria Luiza Baillo (2020b): "*Os impactos da Lei 14.046/20 nos direitos dos consumidores-turistas*." Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-set-09/atheniense-targa-lei-1404620-consumidores-turistas>. [Fecha de consulta: 03 de noviembre de 2020].

108. MARQUES NETO (2020).

AZEVEDO, Reinaldo (2020a): "*MP de Bolsonaro e Guedes sobre vírus é inconstitucional; coisa de ditadores*". Disponible en: <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/05/14/mp-de-bolsonaro-e-guedes-sobre-virus-e-inconstitucional-coisa-de-ditadores.htm>. [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2020].

AZEVEDO, Reinaldo (2020b): "*Voto de Barroso sobre MP 966 honra direito, ciência e vida. E sem legislar!*" Disponible en: <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/05/21/voto-de-barroso-sobre-mp-966-honra-direito-ciencia-e-vida-e-sem-legislar.htm>. [Fecha de consulta: 21 de mayo de 2020].

BARROSO, Luis Roberto (2001): "A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços". *En Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro*, vol. 226, 2001, pp. 187-212.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Claudia Lima y BESSA, Leonardo Roscoe. (2010): *Manual de Direito do Consumidor*. (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais).

BONIN, Robson (2020): "*Bolsonaro tenta se livrar das consequências de sua atuação na pandemia*." Disponible en: <https://veja.abril.com.br/blog/radar/bolsonaro-tenta-se-livrar-das-consequencias-de-sua-atuacao-na-pandemia/>. [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2020].

BOUÇAS, Cibelle (2019): "*Transporte aéreo no Brasil deve dobrar de tamanho até 2037, estima Iata.*" Disponible en: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2019/10/03/transporte-areo-no-brasil-deve-dobrar-de-tamanho-at-2037-estima-iata.ghtml>. [Fecha de consulta: 05 de junio de 2020].

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2020].

BRASIL. Agência Nacional da Aviação Civil. *Resolução 400, de 13 de dezembro de 2016*. Disponible en: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016>. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2020].

BRASIL. Agência Senado (2020): "*Governo edita mais normas para facilitar o acesso ao crédito durante a pandemia.*" Disponible en: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/04/27/governo-edita-mais-normas-para-facilitar-o-acesso-ao-credito-durante-a-pandemia>. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2020].

BRASIL. *Decreto-Lei n. 147*, de 1967.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 167*, de 1967.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452*, de 1943.

BRASIL. *Lei n. 4.657*, de 1942.

BRASIL. *Lei n. 4.737*, de 1965.

BRASIL. *Lei n. 6.313,* de 1975.

BRASIL. *Lei n. 7.565*, de 1986.

BRASIL. *Lei n. 8.036*, de 1990.

BRASIL. *Lei n. 8.078*, de 1990.

BRASIL. *Lei n. 8.212,* de 1991.

BRASIL. *Lei n. 8.870*, de 1994.

BRASIL. *Lei n. 9.012*, de 1995.

BRASIL. *Lei n. 9.393*, de 1996.

BRASIL. *Lei n. 10.406*, de 2002.

BRASIL. *Lei n. 10.522,* de 2002.

BRASIL. *Medida Provisória n. 948,* de 2020.

BRASIL. *Medida Provisória n. 958*, de 2020.

BRASIL. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (2018): "*Anuário Estatístico de Transportes: 2010-2017*." Disponible en: <https://www.infraestrutura.gov.br/images/BIT_TESTE/Publicaçoes/anuario_estatistico_transportes_2010_2017.pdf>. [Fecha de consulta: 05 de junio de 2020].

BRASIL. *Portaria Interministerial n. 120*, de 2020.

BRASIL. *Portaria n. 125*, de 2020.

BRASIL. *Portaria n. 126*, de 2020.

BRASIL. *Portaria n. 132*, de 2020.

BRASIL. *Portaria n. 133*, de 2020.

BROTERO, Mathias (2020): "*Mais de 600 mil pequenas empresas fecharam as portas com coronavírus*." Disponible en: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/04/09/mais-de-600-mil-pequenas-empresas-fecharam-as-portas-com-coronavirus>. [Fecha de consulta: 05 de junio de 2020].

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n. 3.515/2015*. Disponible en: <https://www.camara.leg.br>. [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2020].

CAULYT, Fernando (2020): "*Companhias aéreas que voam para o Brasil em meio à pandemia*." Disponible en: <https://p.dw.com/p/3aSRm>. [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2020].

DAHINTEN, Augusto Franke y DAHINTEN, Bernardo Franke (2016): "Direito do Consumidor como Direito Fundamental e o Ensino Superior". *En Revista de Direito do Consumidor, São Paulo*, vol. 106.

DELMONDES, João Paulo Sales y MELLO, Lucas Nasser de. "*Coronavírus e a MP 948/20 dos eventos e turismo: Um socorro para os artistas e empresários em tempos de pandemia*." Disponible en: <https://www.migalhas.com.br/depeso/324569/coronavirus-e-a-mp-948-20-dos-eventos-e-turismo-um-socorro-para-os-artistas-e-empresarios-em-tempos-de-pandemia>. [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2020].

DEUTSCHER BUNDESTAG (2020): "*Entwurf eines Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht*". Disponible en: <https://dipbt.bundestag.de/doc/btd/19/181/1918110.pdf>. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2020].

EFING, Antônio Carlos, GIBRAN, Fernanda Mara y BLAUTH, Flávia N. Lazzari. (2011): "A proteção jurídica do consumidor enquanto direito fundamental e sua efetividade diante de empecilhos jurisprudenciais". *En Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça,* vol. 5, n. 17.

ESTADÃO conteúdo (2020): "*MP 958 ajuda a proteger empregos e outras medidas virão, diz Bruno Bianco*." Disponible en: <https://www.istoedinheiro.com.br/mp-958-ajuda-a-proteger-empregos-e-outras-medidas-virao-diz-bruno-bianco/>. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2020].

ESTEVES, Júlio César dos Santos (2003): *Responsabilidade civil do Estado por ato legislativo* (Belo Horizonte, Del Rey).

FALCÃO, Rebeca de Queiroga (2020): "*MP n. 948/2020 e os efeitos da Covid-19 para o consumidor.*" Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/rebeca-falcao-mp-948-efeitos-consumidor>. [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2020].

FARIA, Flávia y YUKARI, Diana (2020): "*Coronavírus provoca redução de 90% dos voos no Brasil, mais que média global*". Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/coronavirus-provoca-reducao-de-90-dos-voos-no-brasil-mais-que-media-global.shtml>. [Fecha de consulta: 01 de Junio de 2020].

FAVARO, Cristian (2020): "*Capacidade global do setor aéreo cai 59%; queda na América Latina supera a média.*" Disponible en: <https://economia.uol.com.br/noticias/estadao-conteudo/2020/04/17/capacidade-global-do-setor-aereo-cai-59-queda-na-america-latina-supera-a-media.htm>. [Fecha de consulta: 05 de Junio de 2020].

FGV (2020): "*Impacto Econômico do Covid-19: propostas para o turismo brasileiro*". Disponible en: <https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/01.covid19_impactoeconomico_v09_compressed_1.pdf>. [Fecha de consulta: 02 de Junio de 2020].

G1 (2020a): "*Casos de coronavírus e número de mortes no Brasil em 1º de junho*". Disponible en: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/01/casos-de-coronavirus-e-numero-de-mortes-no-brasil-em-10-de-junho.ghtml>. Fecha de consulta: 01 de Junio de 2020].

G1 (2020b): "*GOL anuncia readequação da malha aérea a partir de maio.*" Disponible en: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/04/22/gol-anuncia-readequacao-da-malha-aerea.ghtml>. [Fecha de consulta: 4 de mayo de 2020].

GIORDANO, Denise (2019): "*Dados mostram a importância das micro e pequenas empresas para a economia do Brasil*". Disponible en: <https://www.consolidesuamarca.com.br/blog/importancia-micro-pequenas-empresas>. [Fecha de Consulta en: 06 de junio de 2020].

IATA (2020): "*IATA Reminds Governments in Latin America and Caribbean on Urgency of Relief to the Airline Industry in Face of COVID-19 Crisis.*" Disponible en: <https://www.iata.org/en/pressroom/pr/2020-04-17-01/>. [Fecha de consulta: 3 de mayo de 2020].

JORGE E SILVA NETO, Manoel (2013): "*Curso de Direito Constitucional*". (São Paulo, Saraiva, 8. ed.).

KNIGHT, Victoria (2020): "*Fact-check: Did Obama leave no pandemic plan for Trump?*" Disponible en: <https://www.statesman.com/news/20200518/fact-check-did-obama-leave-no-pandemic-plan-for-trump>. [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2020].

LAGO, Cecília do y TOLEDO, Luiz Fernando (2020): "*Mesmo com subnotificação crônica, Brasil tem 2ª maior velocidade de infecção*." Disponible en: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/2020/04/30/mesmo-com-subnotificacao-cronica-brasil-tem-2-maior-velocidade-de-infeccao>. [Fecha de consulta: 01 de junio de 2020].

LOPES, Nathan (2020): *"Mortes por síndrome respiratória no Brasil aumentam 20 vezes na pandemia."* Disponible en: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/06/04/obitos-srag-brasil-coronavirus.htm>. [Fecha de consulta: 04 de junio de 2020].

LUCCHESI, Guilherme Brenner (2020): "*Medida Provisória 966 e (in)segurança jurídica.*" Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-16/medida-provisoria-966-inseguranca-juridica>. [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2020].

MARQUES, Claudia Lima (2019): "*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*" (São Paulo, Revista dos Tribunais, 9. ed).

MARQUES, Claudia Lima (2012): "Consumo como igualdade e inclusão social: a necessidade de uma lei especial para prevenir e tratar o "superendividamento" dos consumidores pessoas físicas". En *Revista Jurídica da Presidência, Brasília*, vol. 13, n. 101, 2012, pp. 405-424.

MARQUES, Claudia Lima, BERTONCELLO, Káren y LIMA, Clarissa Costa de (2020): "Exceção dilatória para os consumidores frente à força maior da pandemia de Covid-19: pela urgente aprovação do PL 3.515/2015 de atualização do CDC e por uma moratória aos consumidores." En *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 129.

MARQUES, Claudia Lima y MIRAGEM, Bruno (2014): *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis* (São Paulo, Revista dos Tribunais).

MARQUES, Claudia Lima y PFEIFFER, Roberto Castellanos. (2020): *"Superendividamento dos consumidores: Vacina é o PL 3.515 de 2015."* Disponíble en: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/garantias-consumo-superendividamento-consumidores-vacina-pl-3515-2015>. [Fecha de consulta: 06 de junio de 2020].

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (2020): "*Análise: É preciso separar compras emergenciais para pandemia de atos de improbidade.*" Disponible en: <https://politica-estadao-com-br.cdn.ampproject.org/c/s/politica.estadao.com.br/noticias/geral,analise-e-preciso-separar-compras-emergenciais-para-pandemia-de-atos-de-improbidade,70003298581.amp>. [Fecha de consulta: 22 de mayo de 2020].

MARTINS, Raphael (2020): "*Endividamento se acentua e pode ser um dos legados da crise do coronavírus*." Disponible en: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/04/endividamento-se-acentua-e-pode-ser-um-dos-legados-da-crise-do-coronavirus.ghtml>. [Fecha de Consulta: 06 de junio de 2020].

MELLO, Cecilia (2020): "*Os reflexos jurídicos da Medida Provisória que isenta os agentes públicos de responsabilidade*." Disponible en: <https://br.lexlatin.com/portal/opiniao/os-reflexos-juridicos-da-medida-provisoria-que-isenta-os-agentes-publicos-de>. [Fecha de consulta: 21 de mayo de 2020].

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (2020): "*Nota de repúdio a teor da Medida Provisória 966/2020.*" Disponible en: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=22662917&id_grupo=118>. [Fecha de consulta: 21 de mayo de 2020].

MIRAGEM, Bruno (2002): "O Direito do Consumidor como Direito Fundamental: consequências jurídicas de um conceito". En *Revista de Direito do Consumidor,* São Paulo, vol. 143.

MIRAGEM, Bruno (2020): "Nota relativa à pandemia de Coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade Civil". En *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 1015.

MONEYTIMES (2020): *"Coronavírus chega ao Brasil: contraprova confirma 1° caso na América Latina"*. Disponible en: <https://www.moneytimes.com.br/fast/coronavirus-chega-ao-brasil-contraprova-confirma-1-caso-na-america-latina/>. [Fecha de consulta: 08 mayo de 2020].

MUCELIN, Guilherme y D'AQUINO, Lúcia Souza (2020): "O papel do direito do consumidor para o bem-estar da população brasileira e o enfrentamento à pandemia de COVID-19." En *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 129.

O GLOBO (2020): "*Estudo no RS aponta alto índice de transmissão em casa e aumento de subnotificações de COVID-19 no estado"*. Disponíble em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/coronavirus/estudo-no-rs-aponta-alto-indice-de-transmissao-em-casa-aumento-de-subnotificacoes-de-covid-19-no-estado-24401767>. [Fecha de consulta: 08 de mayo de 2020].

OLIVEIRA, Mayara (2020): "*Covid-19: MP reduz exigências para empresas tomarem empréstimos*." Disponible en: <https://www.metropoles.com/brasil/economia-br/covid-19-mp-reduz-exigencias-para-empresas-tomarem-emprestimos>. [Fecha de consulta: 06 de Junio de 2020].

PENTEADO, Luciana G. y MILITELLO, Denny (2019): "*Novos desafios para a desconsideração da personalidade jurídica*". Disponible en: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/novos-desafios-para-a-desconsideracao-da-personalidade-juridica/>. [Fecha de consulta: 03 de Junio de 2020].

REDE Sustentabilidade con Presidente da República (2020): *"Supremo Tribunal Federal, 21 de Mayo de 2020 (Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI 6421)"*. Disponible en: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. [Fecha de consulta: 24 de Mayo de 2020].

ROVER, Tadeu (2020): *"Arquivada notícia-crime contra Bolsonaro por causar epidemia e desobediência."* Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-09/arquivada-noticia-crime-bolsonaro-desobediencia>. [Fecha de consulta: 07 de junio de 2020].

SENADO NOTÍCIAS (2020): *"Primeiro ano de governo teve 48 medidas provisórias editadas Fonte: Agência Senado."* Disponible en: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/01/10/primeiro-ano-de-governo-teve-48-medidas-provisorias-editadas>. [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

SIQUEIRA, Juliana (2020): *"Inadimplência e endividamento crescem na Capital em março"*. Disponible en: <https://diariodocomercio.com.br/exclusivo/inadimplencia-e-endividamento-crescem-na-capital-em-marco/>. [Fecha de Consulta: 06 de junio de 2020].

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso (2018): *"Bases Constitucionais da Defesa dos Consumidores no Brasil: um resgate acerca da criação da legislação consumerista em prol da confirmação de sua posição privilegiada no ordenamento jurídico pátrio"*. En *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 116.

SQUEFF, Tatiana Cardoso, D'AQUINO, Lúcia Souza y MUCELIN, Guilherme. "Apresentação". *En*: SQUEFF, Tatiana Cardoso, d'AQUINO, Lúcia Souza y MUCELIN, Guilherme (2020a): *O Direito em tempos de Crise: impactos da Covid-19 nas relações sociojurídicas*. (Curitiba, CRV, pp. 13-18).

SQUEFF, Tatiana Cardoso, TARGA, Maria Luiza B. y D'AQUINO, Lúcia Souza (2020b): "O resgate do setor de turismo em meio à pandemia de Covid-19: da edição das Medidas Provisórias 925 e 948 e as suas conversões em lei e do consequente desamparo ao consumidor". En *Revista dos Tribunais,* Thomson Reuters, v. 1022, diciembre de 2020, en prensa.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (2020): "*Plenário do STF examinará ações sobre responsabilização de agentes públicos durante a pandemia*". Disponible en: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443640&ori=1>. [echa de consulta: 21 de mayo de 2020].

TARGA, Maria Luiza Baillo y SQUEFF, Tatiana Cardoso (2020a): "Os direitos dos passageiros-consumidores de transporte aéreo em tempos de pandemia". En *Revista de Direito do Consumidor, São Paulo*, v. 129.

VALENTE, Jonas (2020a): "*Covid-19: governo declara transmissão comunitária em todo o país*". Disponible en: https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-03/covid-19-governo-declara-transmissao-comunitaria-em-todo-o-pais>. [Fecha de consulta: 30 de mayo de 2020].

VALENTE, Jonas (2020b): "*Covid-19: veja como cada estado determina o distanciamento social*." Disponible en: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/covid-19-veja-como-cada-estado-determina-o-distanciamento-social>. [Fecha de consulta: 24 de Mayo de 2020].

VALENTE, Fernanda (2020c): "*Bolsonaro edita MP para tentar se eximir de erros durante epidemia da Covid-19*". Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-14/bolsonaro-edita-mp-isentar-erros-durante-epidemia>. [Fecha de consulta: 06 de Junio de 2020].

VEJA (2020): "*PRG arquiva seis representações contra Bolsonaro por condutas na pandemia*". Disponible en: <https://veja.abril.com.br/politica/pgr-arquiva-seis-denuncias-contra-bolsonaro-por-causa-do-coronavirus/>. [Fecha de Consulta: 07 de junio de 2020].

VIAL, Sophia Martini (2020): "*Verdade e solidariedade em tempos de coronavírus.*" Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/martini-vial-verdade-solidariedade-epidemia>. [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2020].

VILELA, Pedro Rafael (2020): "*MP regulamenta reembolso de shows, cinemas e pacotes turísticos.*" Disponible en: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/mp-regulamenta-reembolso-de-shows-cinemas-e-pacotes-turisticos>. [Fecha de consulta: 1 de mayo de 2020].

VITAL, Danilo (2020): "*MP complementa Código do Consumidor, mas peca na técnica, dizem especialistas.*" Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/mp-age-complementar-cdc-peca-tecnica-dizem-especialistas>. [Fecha de consulta: 24 de mayo de 2020].

VITAL, Danilo y ROVER, Tadeu (2020): "*Aplicação do Direito Penal na pandemia é tênue e ineficiente.*" Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/aplicacao-direito-penal-pandemia-tenue-ineficiente>. [Fecha de Consulta: 07 de junio de 2020].

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020): *"WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19 - 11 March 2020"*. Disponible en: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DICIEMBRE 2020 • E-ISSN 0719-2150 • VOL. 11 • Nº 2. PÁGS 44-60
RECIBIDO 14/07/2020 - APROBADO 10/12/2020
DOI 10.7770/RCHDCP-V11N2-ART2297

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Desigualdade de gênero e Covid-19: os reflexos da pandema na vida das mulheres

Desigualdad de género y Covid-19: los reflejos de la pandemia en la vida de las mujeres

Luíza Souto Nogueira[1]
Universidad de São Paulo, Brasil

Mariana Orsini Simonetti Di Gregorio[2]
Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Brasil

RESUMO O objetivo do presente trabalho é, a partir de revisão bibliográfica somada à análise de dados, identificar em que medida a pandemia de COVID-19 agravou a desigualdade de gênero vivenciada pelas mulheres. Para tanto foram analisados os conceitos de gênero e desigualdade de gênero, bem como os impactos por ela experimentados em decorrência da decretação de medidas para o combate à pandemia causada pelo coronavírus, especialmente o isolamento social imposto pela quarentena. Dentre as inúmeras consequências possíveis, concentrou-se a pesquisa em analisar os impactos vivenciados no ambiente doméstico e familiar, o que permitiu perceber que a pandemia de COVID-19 implicou um aumento das atividades delegadas às mulheres em razão da desigualdade de gênero, bem como elevou os índices de violência doméstica.

PALAVRAS-CHAVE Mulher; gênero; desigualdade; pandemia; COVID-19.

1. Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mail: luizasnogueira@yahoo.com.br.

2. Especialista em Interesses Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mail: mosimonetti18@hotmail.com.

RESUMEN El objetivo del presente trabajo es, a partir de una revisión bibliográfica agregada al análisis de datos, identificar en qué medida la pandemia COVID-19 ha agravado la desigualdad de género que viven las mujeres. Para ello, se analizaron los conceptos de género y desigualdad de género, así como los impactos que ellas experimentaran como consecuencia de la promulgación de medidas para combatir la pandemia provocada por el coronavirus, especialmente el aislamiento social impuesto por la cuarentena. Entre las múltiples consecuencias posibles, la investigación se concentró en analizar los impactos vividos en el ámbito doméstico y familiar, lo que permitió darnos cuenta de que la pandemia de COVID-19 implicó un aumento de las actividades delegadas a las mujeres por la desigualdad de género, así como elevó las tasas de violencia doméstica.

PALABRAS CLAVE Mujer; género; desigualdad; pandemia; COVID-19.

1. Introdução

Este trabalho tem como tema a desigualdade de gênero e os impactos da pandemia de COVID-19 na vida das mulheres e, como objeto, quais as consequências vivenciadas pelas mulheres em seu dia a dia em decorrência da situação causada pelas medidas de prevenção à contaminação pela doença causada pelo coronavírus.

O problema de pesquisa que embasou o presente artigo fundamentou-se nas seguintes questões, a saber: de que forma as medidas de isolamento social refletem na vida das mulheres? É possível dizer que mulheres têm a situação decorrente da desigualdade de gênero agravada neste momento de pandemia?

A condição jurídica da mulher no âmbito das relações sociais ainda não é de igualdade plena em relação aos homens, o que se deve à presença da ideologia de gênero na sociedade, situação que se agrava quando, em decorrência da pandemia de COVID-19, as pessoas passam a ficar a maior parte do tempo dentro de casa, nele tendo que conciliar as atividades domésticas com as profissionais.

Justamente por isso o objetivo do presente trabalho foi realizar um estudo sobre como a desigualdade já vivenciada pelas mulheres se agravou no cenário causado pelo coronavírus. Para isso foram analisados os conceitos de gênero e desigualdade de gênero, bem como os dados que demonstram a maior suscetibilidade das mulheres a ela no cenário atualmente vivenciado.

Por meio do método hipotético-dedutivo realizou-se pesquisa de natureza bibliográfica, com revisão sistemática da doutrina acerca das temáticas de gênero e das mulheres, com o objetivo de sintetizar seus resultados e conclusões.

E com o uso do método comparativo, por meio da análise de dados, buscou-se identificar qual é o impacto causado pela COVID-19 na vida das mulheres.

2. O que é desigualdade de gênero

Entende-se que a existência dos sexos feminino e masculino se deve a uma série de características biológicas e fisiológicas que se definem no momento da formação da vida humana, formando diferenças que dizem respeito ao funcionamento do corpo humano. Sexo é, portanto, o conceito construindo[3] tendo em vista diferença fisiológica decorrente da anatomia humana[4].

Ocorre que, ao longo dos anos, a sociedade se organizou de maneira a dividir os papéis a serem exercidos por homens e mulheres, consagrando diferenças de tratamento entre eles tão somente em razão de pertencerem ao sexo identificado como masculino ou feminino. É aqui que surge a noção de gênero[5], que não se confunde com a de sexo[6].

O gênero é, portanto, uma construção social[7]; é o conjunto de características atribuídas a homens e mulheres tendo em vista as diferenças biológicas entre eles existentes[8]. E, por ser construção social, encontra variações nas diferentes sociedades.

O Decreto 8.727/2016 estabelece em seu artigo 1º, parágrafo único, inciso II, que por identidade de gênero deve-se compreender a "dimensão da identidade de uma pessoa que diz respeito à forma como se relaciona com as representações de masculinidade e feminilidade e como isso se traduz em sua prática social, sem guardar relação necessária com o sexo atribuído no nascimento".

O grupo HERA (Health, Empowerment, Rights and Accountability) conceitua gênero como o conjunto de relações, atributos, papéis, crenças e atitudes que definem o que é ser um homem ou uma mulher na sociedade, que não são determinados pelo sexo biológico, mas por uma construção histórico-social passível de transformação[9].

E continua explicando que em muitas sociedades as relações de gênero são desiguais, o que reflete nas leis, políticas e práticas sociais, bem como no comportamento da sociedade. Destaca, ainda, que essa desigualdade tende a agravar outras existentes na sociedade, como de classe, raça, orientação sexual, deficiência[10]:

3. CECCARELLI (2010) p. 272.
4. SHAPIRO (1981) p. 449.
5. LAMAS (1994).
6. GURGEL (2019) p. 428.
7. BUTLER (2003) p. 24.
8. MELERO AGUILAR (2016) p. 76.
9. HERA (1998) p. 18.
10. *Idem*.

Percebe-se, portanto, que os conceitos de gênero feminino e masculino nada mais são do que construções sociais com base nos comportamentos esperados das pessoas conforme o sexo biológico que nasceram.

E da diferenciação de papéis programados pela sociedade para homens e mulheres emerge a disparidade de tratamento nas mais variadas áreas da sociedade, colocando a mulher, em todas elas, em posição desvantajosa em detrimento do homem, cuja função social sempre foi vista como de maior importância, força e poder, como destaca Silvia Chakian[11].

A título de exemplo pode-se verificar a legislação sobre Direito de Família, que, no Código Civil de 1916 foi editada (por homens) sob a inspiração da ideia de superioridade e dominação do homem sobre a mulher, como ensina Maria Berenice Dias[12].

E por ser a desigualdade a regra, as normas de cunho penal também acabaram por consagrar desigualdades no âmbito da tutela merecida por homens e mulheres.

Até a edição do Código Penal do Império, em 1830, estava o homem autorizado a matar a mulher adúltera. Após a entrada em vigor deste diploma tal autorização foi suprimida. Entretanto, o adultério continuou a ser tratado de maneira diferente conforme o gênero daquele que viesse a incorrer nesse crime.

Verifica-se que a mulher que cometesse adultério estaria sujeita a prisão, ao passo que o homem somente seria punido com essas penas caso tivesse concubina, teúda, e manteúda, ou seja, exigia-se uma relação habitual fora do casamento, com vínculo de dependência econômica; meras relações sexuais esporádicas não configuravam adultério.

No que tange à tutela da liberdade sexual, à época, a punição para crimes sexuais era mais rigorosa caso as vítimas fossem mulheres virgens ou honestas, havendo previsão expressa de pena menor caso a estuprada fosse prostituta[13].

Esse cenário de diferenças de papéis entre homens e mulheres, bem como de diferenças entre mulheres a justificar a aplicação de penas mais brandas para aquelas que viessem a ser vítimas de violência sexual, mas não ocupassem o *status* de virgem ou honesta, acabou por propiciar a normalização de uma cultura de violência contra a mulher.

11. CHAKIAN (2019) p. 49

12. DIAS (2015) p. 101.

13. Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos. Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta. Seguindo-se o casamento, não terão lugar as penas. Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida. Se a violentada fôr prostituta. Penas - de prisão por um mez a dous annos.

Violência essa que ora se justificava pelo fato de ser ela vista como naturalmente inferior, de valor social menor; ora pela crença de não ser ela digna de proteção por dedicar-se à prostituição ou simplesmente por ter perdido o "selo social" de mulher honesta[14].

Ocorre que ainda não conseguimos superar as barreiras socioculturais que impedem a adoção de tratamentos efetivamente igualitários entre homens e mulheres, principalmente em relação a seu papel na sociedade e aos direitos que possuem.

As desigualdades consagradas tão somente em razão do gênero estão presentes em todos os setores sociais e, como se analisará no presente trabalho, se agravam diante de situações como a que está sendo vivenciada no momento: uma pandemia.

O presente trabalho, portanto, pretende realizar uma análise acerca das consequências da pandemia de COVID-19 no dia a dia das mulheres, observando como a existente desigualdade de gênero implica o agravamento das situações por elas vivenciadas, trazendo uma sobrecarga física e emocional raramente experimentada por homens.

3. Desigualdade de gênero e COVID-19

No dia 11 de março de 2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou como pandemia a contaminação pelo vírus Sars-Cov-2[15], que foi denominado COVID-19 em 11 de fevereiro de 2020[16].

Mas, desde antes de ter sido a contaminação por coronavírus elevada ao status de pandemia, já vigia no Brasil, desde 06 de fevereiro de 2020, a Lei nº 13.979, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

Referida Lei estabelece, em seu artigo 3º, as medidas que podem ser tomadas pelas autoridades públicas para enfrentamento da doença, dentre as quais se destaca a quarentena, definida pelo artigo 2º, II, como a "restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus".

A quarentena, portanto, autorizada pela lei em comento, imposta em cada estado brasileiro de acordo com as especificidades locais estabeleceu uma situação que tem sido chamada de isolamento social. Por meio dela, todas as atividades que podem

14. BIANCHINI *et al* (2019) p. 20.

15. UNA-SUS (2020).

16. WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020).

ser exercidas de maneira remota passaram para a modalidade *home office* e, aquelas não essenciais, tais como comércio e lazer, tiveram seu funcionamento fechado ao público.

Inúmeros são os impactos que essas medidas trouxeram para a vida de todas as pessoas. Dentre eles, pretende-se, aqui, realizar uma análise sobre os que foram vivenciados pelas mulheres.

De acordo com o Inter-Agency Standing Committee (IASC), a partir do momento em que foi declarada a pandemia, reconhecer como ela afeta diferentemente homens e mulheres passou a ser muito importante. Dados preliminares indicam que a taxa de mortalidade é maior entre os homens, o que se dá provavelmente em razão de diferenças imunológicas, altas taxas de doenças cardiovasculares entre homens e estilos de vida. Entretanto, surtos como de Zika e Ebola, bem como a pandemia de AIDS, têm demonstrado que uma análise de gênero robusta e uma resposta informada e integrada ao gênero são vitais para fortalecer o acesso e a aceitação dos serviços humanitários necessários para atender às diferentes necessidades de mulheres e meninas, bem como homens, meninos e pessoas LGBTI. As normas de gênero e as desigualdades preexistentes impactam desproporcionalmente mulheres e meninas em emergências, incluindo emergências de saúde. O gênero, juntamente com outros fatores, incluindo idade, orientação sexual e identidade de gênero, etnia, deficiência, educação, emprego e localização geográfica, podem se cruzar para formar experiências individuais ainda mais complexas em emergências[17].

Justamente por isso, o IASC destacou uma série de impactos de gênero que emergiram em decorrência da pandemia de COVID-19, tais como: mulheres têm maior probabilidade de atuar na linha de frente, seja trabalhando na área da saúde, seja na parte de limpeza hospitalar, razão pela qual possuem maior probabilidade de se contaminar; mulheres podem ter acesso limitado às informações adequadas, o que pode aumentar o risco de contaminação; em muitos lugares as mulheres são as principais responsáveis pelo ambiente doméstico, razão pela qual é possível que tenham que abandonar seus empregos para tomar conta das crianças ou de familiares, o que impacta as suas finanças e aumenta sua exposição ao vírus; as mulheres têm maior probabilidade se aceitar trabalhos com benefícios precários e, em razão disso aceitar situações que impliquem em abuso/exploração sexual; mulheres e meninas terão mais dificuldade de acessar serviços de saúde, o que aumenta a taxa de mortalidade relacionada à gestação; em razão da necessidade de realizar pré-natal, mulheres grávidas ficam mais expostas ao vírus, assim como mulheres mais velhas que continuam acessando o sistema de saúde; interrupções na cadeia de suprimentos e a lotação do sistema de saúde podem levar a um aumento de gestações indesejadas, e consequen

17. IASC (2020).

temente, de mortalidade gestacional; o isolamento e as restrições de locomoção podem fazer com que mulheres e meninas fiquem em intenso convívio com seus abusadores; o fechamento de escolas e o distanciamento social impacta meninos e meninas de forma diversa, pois estas terão mais chance de terem que cuidar das responsabilidades domésticas, limitando o tempo de dedicação às atividades escolares remotas; novas formas de abuso, exploração e violência doméstica vão surgir, e as existentes vão se agravar; mulheres trabalhadoras rurais vão ter maior perda de rendimentos e menor acesso a informações; e as restrições de viagem vão impactar as mulheres trabalhadoras rurais e as imigrantes, que podem acabar sendo mais expostas ao risco de contaminação em razão dos trabalhos que possuem[18].

Como se pode ver, diversos são os impactos que a pandemia de COVID-19 pode causar na vida das mulheres, impactos que são maiores do que as dificuldades causadas na vida dos homens.

Entretanto, em razão da necessidade de se realizar um recorte metodológico, neste trabalho serão analisados, tão somente, as consequências que o coronavírus trouxe para as mulheres no âmbito das relações familiares (àquelas subjacentes ao núcleo familiar no qual essa mulher está inserida), sociais (a visão da comunidade e a expectativa dessa mulher como centro das atividades laborais domésticas, emocionais) e profissionais.

3.1. A sobrecarga das mulheres no âmbito doméstico e familiar

A Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, prevê que a igualdade como direito que deve ser garantido a todos: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]".

O preceito constitucional em questão objetiva impedir que a legislação estabeleça critérios que impliquem em desigualdades entre os indivíduos que a ela estão sujeitos. Como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei deve ser "instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos"[19].

Nessa linha de pensamento, entende-se por um tratamento igualitário aquele que, observando a medida das diferenças existentes, trate de maneira igual aqueles que são iguais e desigual aqueles que são desiguais. Somente assim será possível atingir um patamar em que todos se encontrarão em posição igualitária.

18. IASC (2020).

19. MELLO (2008) p. 10.

Ao lado dessa previsão constitucional, o artigo 3º da Carta Magna, em seu inciso III, estabelece, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais".

Percebe-se que tais previsões constitucionais não se limitam, entretanto, a regular a atuação do legislador. São, porém, preceitos que devem ser observados por todos os ramos do nosso ordenamento, inclusive pelas relações particulares reguladas pelo Direito Civil.

Indiscutível a incidência desse princípio como informador das relações matrimoniais, uma vez que nelas as partes da relação (cônjuges) devem exercer direitos e deveres em nível de igualdade.

A aplicação deste princípio visa muito mais do que garantir que os efeitos advindos do casamento não contrariem os ditames constitucionais.

Trata-se de concretizar constitucional e infraconstitucionalmente a mudança da concepção patriarcal de família para a concepção igualitária e de solidariedade entre os cônjuges, acabando com a ideia antigamente consagrada em nosso ordenamento de que o homem figurava como parte principal e dotada de autoridade no casamento, ao passo que a mulher nada mais era do que uma figura a ele acessória e dependente, que não detinha autonomia para escolher os rumos da família.

Entretanto, em que pese a normatização atual do Direito de Família estar em consenso com a previsão constitucional no sentido de que homens e mulheres são iguais perante a lei, a sociedade e a família, não é essa a realidade de todas as famílias brasileiras.

Infelizmente a legislação não é capaz de mudar o pensamento de toda a sociedade no momento em que uma lei nova entra em vigor. E, com isso, nem sempre as alterações legislativas são aplicadas de maneira efetiva nas relações interpessoais.

É isso o que ocorre nas relações familiares. A lei está de acordo com a necessidade de se estabelecer a igualdade entre homens e mulheres, buscando extirpar a desigualdade de gêneros nas relações familiares. Porém, a existência de previsão legal não tem efeito automático sobre a sociedade.

Ainda são muitos os homens que se portam como se fossem verdadeiros chefes de suas famílias, únicos responsáveis por todas as decisões a serem tomadas nesse contexto. Comportamento esse nem sempre questionado por suas esposas.

Ao mesmo tempo, muitas famílias ainda educam seus filhos sob uma perspectiva machista e patriarcal, ensinando-lhes que deve, sim, haver uma diferença entre homens e mulheres tão somente em razão do gênero. Com isso muitas meninas ainda são criadas para aprender desde cedo os afazeres domésticos, enquanto os meninos para se divertir e desenvolver-se profissionalmente.

Ainda vige o pensamento de que o feminino é delicado e frágil, com emoções mais afloradas e, em alguns períodos do mês, descompensadas; enquanto o masculino traz, juntamente com suas características biológicas, uma maior racionalidade e força, com aptidão para o trabalho externo e aversão às atividades domésticas.

Com a manutenção desse pensamento na sociedade, a desigualdade de gêneros persiste em suas diversas esferas[20]: os filhos ainda são tidos por muitos como responsabilidade da mulher, bem como os deveres referentes à manutenção da residência, à alimentação, à economia doméstica.

Como reflexo dessa responsabilização da mulher pela prole pode-se apontar a visão ainda muito comum no Judiciário de que é a mãe naturalmente a melhor pessoa para ficar com a guarda dos filhos em caso de divórcio. E quando há decisão diversa, há uma criminalização coletivo-social de que àquela mulher não merecia ser mãe, visto que sua figura fora substituída pela a do pai, partindo, por vezes, tal julgamento de outra mulher.

Também pode-se mencionar diferença gritante entre as licenças maternidade e paternidade. Enquanto a lei confere à mulher o período de 120 dias, que pode ser de até 180 dias em alguns casos; aos homens são conferidos apenas 5 dias, que poderão ser estendidos para 20 em determinadas situações.

Ainda há muitas famílias que educam seus filhos ensinando-lhes que, por serem homens, eles têm necessidades a suprir (dentre elas, necessidades sexuais) e que sua obrigação para com a família já está completa com o trabalho realizado externamente à residência que garante o sustento da mulher e dos filhos, não havendo qualquer dever de realizar atividades relativas ao âmbito doméstico[21].

Também no âmbito do Judiciário se percebe, ainda hoje, uma resistência em reconhecer a necessária igualdade entre homens e mulheres frente às questões que são levadas à apreciação do juiz. Como aponta Maria Berenice Dias, em casos de determinação de guarda de filhos analisa-se se a mãe se enquadra no papel social que dela é esperado, desconsiderando outros aspectos mais importantes para a determinação de quem será o detentor da guarda, tais como o afeto e a vontade de assumir esse papel[22].

Somente em 2015 passou a ser aceito que a mulher, após o divórcio, realize a alteração de seu nome no registro de nascimento dos filhos[23] .

A perpetuação desses ideais machistas e misóginos colabora para a violência sofrida por muitas mulheres no âmbito da família. Violência essa que não se limita às agressões físicas, mas que se exerce também pelas vias psicológica, sexual, patrimonial e moral.

20. FERRAZ y LEITE (2013) pp. 376-377.

21. PIOVESAN (2008) p. 19.

22. DIAS (2015) p. 107.

23. DIAS (2015) p. 108.

Também colabora para que, a despeito da existência de normas que extirparam as diferenças de gênero, elas ainda estejam presentes em diversos setores da sociedade e, inevitavelmente, em muitas relações familiares.

Todas essas situações acabaram por se agravar no cenário de isolamento social criado para tentar combater a pandemia de COVID-19. Ampliando a situação de desigualdade evidenciada pelas mulheres, é certo que a pandemia causou uma abrupta alteração na vida de todos. Contudo, para as mulheres, ficar em casa com os seus significou não somente uma medida protetiva, em razão da sobrecarga de tarefas domésticas que majoritariamente lhes recai.

Se a mulher já era comumente vista como aquela pessoa naturalmente responsável pelos cuidados no lar, tanto no que se refere aos trabalhos domésticos, quanto no que diz respeito ao cuidado com os membros do núcleo familiar, essa situação ficou ainda mais visível.

Aquelas mulheres que estão inseridas no mercado de trabalho e que, antes do cenário da pandemia, dividiam seu tempo entre sua atividade profissional e o cuidado com o ambiente doméstico, com os filhos e com a atenção requerida pelo seu parceiro, agora passaram a exercer seu ofício dentro de casa. Isso gera, muitas vezes, uma confusão entre a sua real disponibilidade para olhar para as necessidades das pessoas da família. A mulher está dentro de casa, mas ainda possui as mesmas responsabilidades e cobranças profissionais que possuía quando, para trabalhar, saía do ambiente doméstico e se dedicava ao seu ofício.

Aquelas que, por outro lado, já se dedicavam ao cuidado da casa e dos filhos, tiveram o seu trabalho aumentado. As crianças em casa precisam de ajuda para estudar, tendo em vista a necessidade de adaptação ao sistema remoto de ensino que foi rapidamente implantado para suprir o fechamento das escolas. A casa com todo mundo dentro o tempo todo fica mais suja, a louça é maior, a quantidade de comida a ser preparada aumenta. A demanda por atenção psicológica dos filhos e parceiro também aumenta. A situação é de stress emocional e aqueles que dependem da mulher para ajudar nesse momento acabam recorrendo mais ainda a ela.

A quarentena significou, portanto, continuar a exercer o seu ofício agora em um confinamento familiar, tendo que dividir espaço entre trabalho *home office*, afazeres domésticos redobrados devido a crise sanitária e ampla divulgação de protocolos de higienização pessoal e de lares, locais de trabalho, etc., educação da prole uma vez que instituições de ensino tiveram suas instalações físicas fechadas e, não menos importante, o constante lidar emocional de todos os entes que compõe o seu núcleo familiar, porque essa é a tarefa que socialmente e historicamente foi imposto à mulher: cuidar de tudo e de todos a todo momento.

Bem, extrai-se que a jornada da mulher se tornou uma jornada tripla de trabalho, ainda mais quando essas não podiam contar com uma rede de apoio familiar que antes detinham, em razão dos riscos de disseminação do COVID-19, e se analisarmos a disparidade social ainda, verificou-se que mulheres de regiões de maior vulnerabilidade social foram compelidas a enfrentar o medo diário de contrair o COVID-19 para proporcionar aos seus a manutenção dos insumos mais basilares de vida.

A situação é ainda mais alarmante e desigual quando analisamos a mulher de extrema vulnerabilidade econômica, negra, que vive de renda informal (por exemplo, exercendo trabalho doméstico do tipo diarista em diversos lares e que foi dispensada devido a crise sanitária provocada pelo novo Coronavírus), desempregada e compelida a trilhar os caminhos da prostituição para prover o básico para seus filhos.

Outra preocupação que sobrecarregou as mulheres em meio a essa pandemia foi concernente aos seus direitos reprodutivos e sexuais. Tais direitos igualmente importantes enfrentaram as adversidades causadas pelo COVID-19, com o aumento do número de internações causadas pela doença, mulheres parturientes tiveram que se ver compelidas a enfrentar o medo e desafios da fase final de uma gestação, arriscando-se em consultas neonatais por vezes remanejadas para centros médicos longes de suas localidades, com uma equipe de saúde distinta da de seu costume, além do risco de contaminação contínuo pelo novo Coronavírus, agravando-lhe a sobrecarga emocional e física que sua própria condição já lhe impôs.

3.1.1. O problema da violência doméstica

Campanhas de combate à violência doméstica de mulheres foram amplamente divulgadas por meio de veículos informativos de radiotelevisão, bem como a internet tratou de manter esse tema em debate desde o início das medidas de isolamento social para contenção da disseminação do novo Coronavírus Sars-Cov-2.

O Governo Federal, por meio de seu Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos reiterou a possibilidade de denúncia (mesmo que anonimamente) da situação de violência doméstica vivenciada por uma mulher[24], movimento esse que ganhou forte cenário no atual pandemia do COVID-19, não bastando o medo da doença e de suas inúmeras consequências e tratamentos ainda sob investigação.

O Instituto Maria da Penha alertou sobre o aumento do número de ocorrências de violência doméstica durante a quarentena[25].

O Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) apresentou dados alarmantes: entre abril e março de 2020 o número de feminicídios no Brasil foi 22,2% maior do

24. MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS (2020).
25. INSTITUTO MARIA DA PENHA (2020).

que o registrado no mesmo período no ano de 2019. Somente no Estado de São Paulo, a Polícia Militar registrou um aumento de 44,9% do número de atendimentos realizados para mulher vítima de violência, ao mesmo tempo em que diminuíram em 3,7% as medidas protetivas de urgência concedidas[26] .

A preocupação com o crescimento do número de vítimas da violência em seus lares causou repercussão mundial, o que levou a Organização Mundial da Saúde (OMS) a solicitar em 14 de abril de 2020 que os governos limitassem o consumo de bebidas alcóolicas durante esse período da pandemia e o isolamento social estabelecido pela quarentena, em razão do aumento na probabilidade de gerar mais violência doméstica pelo ingestão da bebida e de consequências mais graves, como o feminicídio[27].

Esse cenário do aumento da violência contra a mulher não se instalou somente no Brasil: na China o número de casos dobrou durante a quarentena, e países como Chipre, Taiwan, França e Singapura, houve um aumento de 30%, entre outros países[28].

Exigiu-se, novamente, um suporte maior das mulheres quanto a crise sanitária vivenciada por todo o planeta. No tocante ao risco do enfrentamento da violência doméstica, as mulheres permaneceram com sua vulnerabilidade em âmbito multifatorial, visto que perderam contato com sua rede de apoio de amigos e familiares, passaram a permanecer a todo momento próximo ao agressor, gerando um constante estado de tensão física, emocional e social. E se não bastasse, a quarentena impôs o desafio de enfrentar um eventual desemprego, a educação escolar dos filhos, os incontáveis afazeres domésticos expandidos pelo COVID-19, uma vez que uma simples ida a um supermercado tornou-se uma tarefa sobrecarregada pela posterior limpeza de todos os itens lá adquiridos, como medida profilática contra o novo Coronavírus.

3.2. A atuação das mulheres na linha de frente de combate ao coronavírus

A desigualdade de gênero tomou proporções cada vez mais evidenciadas. Toda a perspectiva que remonta às mulheres, como centro de suas famílias, como geradoras de tranquilidade familiar, agora assumira um papel importante no combate ao COVID-19. O Conselho Federal de Enfermagem informou que 84,7% de seu quadro de profissionais inscritos são do sexo feminino[29]. Desta forma, dentro desse recorte estatístico, é possível concluir que as mulheres participam com expressão do combate ao novo coronavírus.

26. FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (2020).
27. G1 (2020).
28. AZEVEDO *et al.* (2020).
29. AZEVEDO *et al.* (2020).

E esta cena se repete em outras profissões que compõe o quadro de multiprofissionais da área da saúde. Segundo o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) houve um aumento das desigualdades de gênero e significativa piora da qualidade de vida das mulheres. Além disso, há predominância das mulheres na força de trabalho da saúde: em nível global, cerca de 70% das equipes de trabalho em saúde e serviço social são compostas por profissionais do sexo feminino[30-31].

No Brasil essa estatística não é muito diferente. O CONASEMS (Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde) divulgou que internamente as mulheres representam 65% de um total de 6 milhões de profissionais da saúde ocupantes de cargos nas esferas público e privada em nosso país[32].

As mulheres, consoante todo o exposto, corroboraram diariamente na luta contra o COVID-19. Não somente àquelas profissionais da saúde, que em alguns casos tiveram que sair de seus lares e residir temporariamente em seus locais de trabalho, evitando o risco de disseminação do vírus para os seus familiares, por exemplo, devido a uma escassez global de equipamentos de proteção individual (EPIs) para o adequado combate à doença o que impôs as mulheres uma situação de maior vulnerabilidade, visto que nem sempre esses equipamentos são moldados no físico feminino[33], como também por razões financeiras como o desemprego do companheiro/companheira, o que lhes acarretou um aumento das despesas familiares, não lhe restando outra alternativa se não o suprimento das necessidades básicas de seu núcleo familiar.

4. Conclusão

O papel, portanto, da mulher, frente aos desafios enfrentados por todos na atual pandemia do COVID-19 ganhou maiores contribuições para o controle de interno de seus núcleos familiares, bem como vem colaborando para o controle mundial da doença, seja ocupando postos de trabalho na linhas de frente de combate ao novo coronavírus, seja exercendo suas funções domésticas, profissionais e sociais em seus lares, conforme medida de isolamento social (quarentena) adotada pela maioria dos governos.

De fato, ao tratar do cenário atual, ninguém estava preparado para o enfrentamento do medo, da incerteza e de tantos outros aspectos ligados à crise sanitária que o coronavírus gerou no Brasil. Além de perdas de vidas em escala global, o vírus aflorou crises econômicas, sociais, culturais e acentuou desigualdades de gênero entre

30. HERNANDES y VIEIRA (2020).

31. UNFPA BRASIL (2020).

32. CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE (2020).

33. UNITED NATIONS (2020).

homens e mulheres, visto que em meio a escalada de enfrentamento da COVID-19, a mulher foi compelida a guardar suas crises internas e lidar com as intemperes familiares, algumas consequência da quarentena decretada pelos governos internos, bem como com a avalanche emocional de seus familiares atordoados com o medo da contaminação do vírus, a mudança abrupta de suas rotinas, os afazeres domésticos sobrecarregados pelo convívio do núcleo familiar contínuo, as cobranças profissionais de um trabalho em *home office* que por vezes tem hora para começar, mas não tem perspectiva de terminar, entre outros elementos que compõem o isolamento social.

Embora a Constituição Federal traga a igualdade de todos perante a lei e outros diplomas infralegais abarquem o tema como uma espécie de reforço igualitário, na prática a sociedade brasileira ainda precisa evoluir muito para, de fato, repelir essa diferenciação de gênero: basta para isso analisar o conceito atual da crise para chegar à conclusão que no fim retorna-se ao *status quo* da mulher como responsável por tudo e todos, não lhe restando outra alternativa a não ser exercer o papel que sempre exerceu como matriarca que tudo deve suportar.

Conclui-se, então, que quando o assunto é desigualdade de gênero, esse cenário atual da pandemia destacou esse problema que remonta há séculos – não somente pela diferenciação do próprio gênero em si por suas características físicas e emocionais que socialmente buscou-se construir da mulher como um ser frágil, dotado da habilidades domésticas e emocional duvidoso, mas também por ser compelida a enfrentar uma realidade do medo coletivo, de excesso de trabalho que garante o seu sustento e dos seus, da sobrecarga de afazeres domésticos, dos problemas emocionais e suprimento de tarefas dos filhos, antes delegadas às escolas e a outros familiares, agora também isolados, da perda de seu emprego ou do companheiro/companheira que lhe gerou uma maior responsabilidade em prover seu lar, o afastamento de seu núcleo familiar, por vezes, em razão de ocupar cargo de linha de frente no combate ao novo vírus e que poderia gerar a sua contaminação e de seus familiares, a dor da perda de um ente querido para doença, a dor da violência, da fome, entre outros tantos vetores que contribuíram para acentuar uma desigualdade cada vez mais evidente.

Referências bibliográficas

MELERO AGUILAR, Noelia (2016): "Reivindicar la igualdad de mujeres y hombres en la sociedad: una aproximación al concepto de género". *En Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Nº 11, pp. 73-83. Disponible en: <https://revistabarataria.es/web/index.php/rb/article/view/152>. [Fecha de consulta: 15 de junio de 2020].

AZEVEDO, Júlio, ESTEVES, Diogo y SILVA, Franklyn (2020): "A vulnerabilidade das mulheres na pandemia. O que podemos aprender com a cruel pedagogia do vírus?". Disponible en: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-vulnerabilidade-das-mulheres-na-pandemia-13052020>. [Fecha de consulta: 16 de junio de 2020].

BIANCHINI, Alice, BAZZO, Mariana y CHAKIAN, Silvia (2019): Crimes contra mulheres. (Salvador, Editora Juspodivm).

BRASIL. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (2020): "Ligue 180". Disponible en: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/politicas-para-mulheres/ligue-180>. [Fecha de consulta: 25 de junio de 2020].

BUTLER, Judith (2003): Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade. (Rio de Janeiro, Civilização Brasileira).

CECCARELLI, Paulo Roberto (2010): "Psicanálise, sexo e gênero: algumas reflexões". En Diversidades: Dimensões de Gênero e sexualidade. (Florianópolis, Ed. Mulheres). Disponible en: <http://www.ceccarelli.psc.br/admin/uploads/file/psicanalise-sexo-e-genero.pdf>. [Fecha de consulta: 25 de junio de 2020].

CHAKIAN, Silvia (2019): "Lei Maria da Penha: um basta à tolerância e banalização da violência contr a mulher". En Violência doméstica e familiar contra a mulher: um problema de toda a sociedade. (São Paulo, Paulinas).

CONSELHO NACIONAL DE SECRETARIAS MUNICIPAIS DE SAÚDE (2020): "Protagonismo feminino na saúde: mulheres são a maioria nos serviços e na gestão do SUS". Disponible en: <https://www.conasems.org.br/o-protagonismo-feminino-na-saude-mulheres-sao-a-maioria-nos-servicos-e-na-gestao-do-sus/>. [Fecha de consulta: 26 de junio de 2020].

DIAS, Maria Berenice (2015): Manual de direito das famílias. (São Paulo, Editora Revista dos Tribunais).

FERRAZ, Carolina y LEITE, Glauber (2013): "A mulher nas relações familiares: a desconstrução de gêneros para a edificação da igualdade como garantia do desenvolvimento humano e social". En Manual dos direitos da mulher. (São Paulo, Saraiva).

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (2020): "Violência doméstica durante a pandemia de Covid-19 – ed. 2. 29 de maio de 2020". Disponible en: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. [Fecha de consulta: 30 de junio de 2020].

GURGEL, Maria Aparecida (2019): "Mulher com deficiência – medidas adequadas para o seu desenvolvimento, avanço e empoderamento". En Diálogos aprofundados sobre os direitos das pessoas com deficiência. (São Paulo, RTM).

G1 (2020): "OMS pede a governos que limitem acesso a bebidas alcoólicas durante pandemia de novo coronavírus". Disponible en: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/04/15/oms-pede-a-governos-que-limitem-acesso-a-bebidas-alcoolicas-durante-pandemia-de-novo-coronavirus.ghtml>. [Fecha de consulta: 15 de junio de 2020].

HERA: Health, Empowerment, Rights and Accountability (1998): "Women's Sexual and Reproductive Rights and Health". Disponible en: <https://31u5ac2nrwj6247cya153vw9-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/1998/01/HERA-Action-Sheets.pdf>. [Fecha de consulta: 18 de octubre de 2019].

HERNANDES, Elizabeth y VIEIRA, Luciana (2020): "A guerra tem rosto de mulher: trabalhadoras da saúde no enfrentamento à Covid-19". Disponible en: <http://anesp.org.br/todas-as-noticias/2020/4/16/a-guerra-tem-rosto-de-mulher-trabalhadoras-da-sade-no-enfrentamento-covid-19>. [Fecha de consulta: 26 de junio de 2020].

IASC, Inter-Agency Standing Committee (2020): "Gender alert for COVID-19 outbreak: march 2020". Disponible en: <https://www.globalprotectioncluster.org/wp-content/uploads/IASC-Interim-Guidance-on-COVID-19-Gender-Alert.pdf>. [Fecha de consulta: 14 de junio de 2020].

INSTITUTO MARIA DA PENHA (2020): "Nota Pública do Instituto Maria da Penha: Covid-19, Isolamento Social e Violência Doméstica e Familiar Contra as Mulhere". Disponible en: <https://www.institutomariadapenha.org.br/assets/downloads/nota_publica_abril_2020.pdf>. [Fecha de consulta: 30 de junio de 2020].

LAMAS, Marta (1994): "Cuerpo: diferencia sexual y género". En *Debate Feminista*, Vol. 10, pp. 3-31. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/42624175?read-now=1&refreqid=excelsior%3Ad41ebb1cda763fcb7dc5dobceaaf33e9&seq=6#page_scan_tab_contents>. [Fecha de consulta: 30 de junio de 2020].

MELLO, Celso Antonio (2008): Conteúdo jurídico do princípio da igualdade (São Paulo, Malheiros).

PIOVESAN, Flávia (2008): "Igualdade de gênero na Constituição Federal: Os direitos civis e políticos das mulheres no Brasil". En Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois. Os Alicerces da Redemocratização. Disponible en: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publiccoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil/view>. [Fecha de consulta: 14 de junio de 2020].

SHAPIRO, Judith (1981): "Anthropology and the study of gender". En Soundings: An Interdisciplinary Journal, Vol. 64, Nº 4, pp. 446-465. Disponible en: <https://we.riseup.net/assets/562063/Shapiro%2C+J.+%281981%29.+Anthropology+and+the+study+of+gender.+Soundings%2C+446-465.pdf>. [Fecha de consulta: 20 de junio de 2020].

UNA-SUS (2020): "Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus". Disponible en: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. [Fecha de consulta: 14 de junio de 2020].

UNITED NATIONS (2020): "Policy Brief: The Impact of COVID-19 on Women". Disponible en: <https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/policy_brief_on_covid_impact_on_women_9_apr_2020_updated.pdf>. [Fecha de consulta: 30 de junio de 2020].

UNFPA BRASIL (2020): "Covid-19: Resumo Técnico Proteção da Saúde e dos Direitos Sexuais e Reprodutivos e Promoção da Igualdade de Gênero. Março 2020". Disponible en: <https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/covid19_olhar_genero.pdf>. [Fecha de consulta: 26 de junio de 2020].

WORLD HEALTH ORGANIZATION (2020): "Rolling updates on coronavirus disease (COVID-19)". Disponible en: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. [Fecha de consulta: 14 de junio de 2020].

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DICIEMBRE 2020 • E-ISSN 0719-2150 • VOL. 11 • Nº 2. PÁGS 61-82
RECIBIDO 21/07/2020 - APROBADO 16/12/2020
DOI 10.7770/RCHDCP-V11N2-ART2272

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

La reproducción humana asistida en el ordenamiento jurídico español: análisis de cuestiones de especial relevancia

Assisted human reproduction: the problems that arise from bioethics and public law

Juan Francisco Rodríguez Ayuso[1]

Universidad International de La Rioja, España

RESUMEN El objetivo del presente trabajo consiste en ofrecer un análisis sistemático de las novedades que traen consigo los avances propiciados por las Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) en el ámbito de los Derechos Humanos y, de forma muy especial, en la reproducción humana asistida. En este punto, se exponen las principales controversias de índole moral y legal, así como la necesaria interrelación que ambas han de presentar para conseguir definir un modelo permanente de progreso y desarrollo. Para alcanzar esta finalidad, se parte de un estudio inicial del paradigma so-cial actual, propiciado por el desarrollo de las Nuevas Tecnologías, pasando por una aproximación teórica a los Derechos Humanos implicados y a la disección, protección jurídica y garantía de estas técnicas.

PALABRAS CLAVE Derechos humanos; reproducción humana asistida; filiación; derecho; bioética.

ABSTRACT The object of this paper is to provide a systematic analysis of the new developments in human rights produced by advances in information and communication technologies, especially in assisted human reproduction. The main moral and legal controversies are set out, as well as the necessary inter-

1. Juan Francisco Rodríguez Ayuso. Profesor Ayudante Doctor de Derecho Administrativo (acreditado por ANECA) y Coordinador Académico del Máster Universitario en Protección de Datos en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR). E-mail: juanfrancisco.rodriguez@unir.net. ORCID iD: https://orcid.org/0000-0003-4721-1465.

relationship that these must present in order to establish a stable model of progress and development. To achieve this purpose, the starting point is an initial study of the current social paradigm, fostered by the de-velopment of new technologies; the article then presents a theoretical approach to the human rights involved, in order to study the dissection, legal protection and guarantee of these techniques.

KEYWORDS Human rights; assisted human reproduction; filiation, law; bioethics.

I. Introducción

La sistemática y constante evolución de la ciencia comporta un permanente reto para la Bioética y el Derecho, así como para sus implicaciones sobre los Derechos Humanos, como el derecho que tiene todo individuo a la vida, la libertad y la seguridad, el derecho al bienestar y a la asistencia médica, la igualdad ante la ley o el derecho a la libertad personal. Ello obliga a que los Estados no permanezcan impasibles ante esta evolución y ante los nuevos desafíos que la sociedad demanda.

La dificultad reside en que los progresos científicos generalmente inciden sobre lo más profundo de la naturaleza humana y conllevan una permanente revisión del influjo que comportan en el valor de la vida, la dignidad o integridad de la persona.

Una de las figuras que más ha evolucionado en los últimos años y que más interés ha despertado en la población es la reproducción humana asistida. Habitualmente, cuando se habla de reproducción asistida se hace mención, tanto a la inseminación artificial (homóloga -con semen de la pareja- y heteróloga -con semen de donante-), como a la fecundación in vitro y sus diversas modalidades. Sus métodos ofrecen una suerte de atribución de la paternidad biológica a determinadas personas que, sin esta alternativa biotecnológica, no hubieran podido tener descendencia. Estos sistemas adquieren pre-eminencia en aquellos casos en que el ordenamiento jurídico de los Estados desea dotar de cierta normalidad determinados compromisos adquiridos en materia de bioética y nuevas tecnologías que fuerzan a valorar, desde una nueva óptica, múltiples controversias que se tenían por solucionadas de un modo tradicional; a ello se añaden los incuestionables beneficios que esta regulación aporta al combatir numerosas arbitrariedades e ilegalidades que su alegalidad trae consigo. El dilema de los vínculos entre la ley y la moral (constantemente presente en este campo), reaparece y se revitaliza cuando se demanda que sea el Derecho quien establezca un vínculo plausible entre ambos estadios.

En este sentido, podemos aseverar que el modelo familiar actual es muy diverso, de tal forma que tienen cabida en el concepto de familia todos aquellos grupos o particulares que conforman un epicentro de coexistencia, al margen de la metodología

usada para conformarla y del sexo de sus miembros, en tanto que sean respetadas las reglas jurídico-éticas predeterminadas y establecidas. La consideración clásica de familia, cuyo origen se establece en el pensamiento romano y cuyas bases venían constituidas por la unión matrimonial heterosexual y por la perpetuación natural de la especie, adquiriendo un papel relevante las figuras de la madre y del padre en cuanto progenitores, dejan conceptualmente espacio a nuevos prototipos de familia, ahora conformados también por otro tipo de relaciones de naturaleza homosexual, monoparental o, incluso, a uniones de hecho o de Derecho. Debido a estos motivos, nuestro más alto Tribunal[2] reiteradamente se ha pronunciado aceptando un modelo múltiple de familia, que sobresale en los últimos tiempos merced a la contribución de los progresos de naturaleza sociológica, legislativa o científica, entre los que se encuentran los originados dentro del ámbito de las técnicas de reproducción asistidas, haciendo posible que, tanto individuos con problemas físicos de infertilidad como parejas homosexuales o, inclusive, mujeres a título individual, puedan tener descendencia con plenos efectos legales.

Estos métodos de reproducción se encuentran reglamentados en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida[3] (en adelante, LTRHA) y han sido significativamente criticadas, tanto desde posiciones morales como también jurídicas. Dentro del ámbito jurídico, la reglamentación que de la filiación originada por el uso de estas prácticas realiza la precitada Ley ha recibido numerosas críticas, amparándose en que los fundamentos en que se sustenta la filiación y las reglas en las que se asienta dentro de nuestro Código civil[4] tras la modificación efectuada como consecuencia de la Ley 11/1981, de modificación del Código Civil (en adelante, CC) en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, son distintos y, en opinión de algunos autores[5], imposible de conciliar: en la filiación mediante técnicas de reproducción asistida podemos ver que se otorga preeminencia a la intención del consentidor de intervenir como progenitor, disponiendo, para sí, este derecho, ya que el mencionado CC hace prevalecer la realidad del aspecto biológico y la normativa se en-camina a armonizar o a buscar la identificación de los progenitores legales con aquellos que lo son desde una perspectiva biológica.

2. *Sentencia del Tribunal Constitucional* (*en adelante, STC -Pleno-*) *116, de 17 de junio* (1999).

3. Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) núm. 126, de 27 de mayo de 2006.

4. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889.

5. LEMMENS y FLAVELLE (2017) p. 78.

2. Importancia del Bioderecho

Todas las controversias de índole moral que surgen a raíz de los avances en el campo biomédico (ciertamente relacionadas con Derechos Humanos fundamentales tan importantes como los de igualdad ante la ley, libertad religiosa, ideológica y de conciencia o derecho a la vida), presentan una gran relevancia desde el ámbito de la bioética y también tienen un alcance legal evidente o, lo que es lo mismo, una relevancia desde el punto de vista del Bioderecho[6]. En este sentido, la manipulación genética, el ámbito eugenésico del embrión, la configuración de los futuros seres humanos en estado de gestación, la configuración previa del ámbito genético de aspectos del ser humano o el empleo de los datos resultantes, son únicamente parte de las prácticas posibilitadas por el aumento de las técnicas biomédicas.

La importancia colectiva de los efectos y connotaciones legales de la investigación biomédica resulta fuera de toda duda, toda vez que esta relevancia tiene su origen en complejas relaciones multisectoriales en las que intervienen, además de lo científico y lo bioético, lo jurídico y la formación global. Además, también subsiste una estrecha vinculación dentro los temas biojurídicos y, dentro del Derecho, los Derechos Humanos; visto esto, podemos plantearnos cómo debería entenderse la autonomía de los sujetos de experimentación en relación con el desarrollo biomédico, cómo debería ser regulada la obtención, el almacenamiento, el empleo y el comercio de análisis biológicos o cuál conlleva mayor interés legal: la vertiente íntegra del ser humano o la prosperidad social, además de tener que determinar cuál tiene mayor relevancia: la opción de escoger o la salvaguarda absoluta del aspecto vital[7]. En consecuencia, podemos afirmar que todas estas interrelaciones ponen de relieve categorías jurídicas esenciales que no se refieren únicamente a aspectos que tienen que ver con la biomedicina y su interrelación con lo jurídico, tanto más, repetimos, con los derechos del hombre, como la dignidad, la libertad, la moralidad, la justicia o la ecuanimidad.

Fruto de todo ello, deviene imprescindible proceder a la identificación y definición de un nuevo encuadre legal vinculante con el objetivo de decretar, reglar, sentenciar y sancionar supuestos legalmente controvertidos en el ámbito específico de la biomedicina. Esta necesidad resulta aún más patente si tenemos en cuenta algunos hechos objetivos que ponen de manifiesto la falta de eficacia del Derecho positivo tradicional para resolver determinadas cuestiones de naturaleza jurídica hasta ahora desconocidas, resultantes de las probabilidades descubiertas por el progreso de la biomedicina, como son los siguientes:

6. ALBERT (2018) p. 224.

7. APARISI (2019) pp. 213-214.

En primer lugar, existen posiciones jurídicas ciertamente diferenciadas en relación con estas cuestiones, lo que obstaculiza e impide un diálogo eficaz y enriquecedor que permita avanzar en dirección a un acuerdo.

En segundo lugar, el ámbito jurídico de lo hermenéutico no resulta suficiente de cara a analizar aquellos supuestos más complejos, dado que la apreciación de aquellos casos y los resultados y efectos es relativa (circunstancial a vocaciones, doctrinas, valores y prioridades concretas), además de que los magistrados, en multitud de ocasiones, ponen de manifiesto su desconocimiento sobre asuntos de esta naturaleza.

En tercer lugar, destaca la existencia de amplios vacíos legales, ya que las leyes y reglamentación con relación a estas cuestiones no es completa, antes al contrario.

En cuarto lugar, en general, los actuales ordenamientos jurídicos no abordan de manera suficiente la regulación biomédica, denotando su insuficiencia para poner remedio a los conflictos biolegales de modo vinculante.

En quinto lugar, es patente la inexistencia de políticas públicas sobre biomedicina, originado por la falta de leyes competentes.

En sexto lugar, de igual modo, es prácticamente inexistente la normativa en relación con aspectos relativos a cómo regir los ejercicios biomédicos y a aquellas técnicas clínicas de naturaleza complicada que comportan la ejecución de métodos extraordinarios. Además, las leyes vigentes son, en general, anacrónicas, prescritas y discordantes.

En séptimo y último lugar, los principios de ética biomédica, por los que habitualmente se estudian y departen estas cuestiones, no suelen ser jurídicamente vinculantes.

Todo lo anteriormente descrito pone de relieve las inconsistencias de nuestros ordenamientos jurídicos para abordar suficientemente diversas cuestiones relacionadas con las prácticas biomédicas[8].

Los primeros indicios del Bioderecho aparecen en Europa, allá por los años ochenta, y surgen en el entorno de las labores del Consejo Europeo, con sus influencias y congresos, completándose con la Convención comunitaria sobre los derechos del hombre, las sentencias de la Corte comunitaria y, en general, el sistema jurídico europeo. Todas las instituciones anteriores son imprecisas al referirse al Bioderecho, pero si son consecuentes con la necesidad de crear un marco jurídico concreto, que aparezca por encima del aspecto jurídico positivo clásico, de cara a normalizar las actuaciones cotidianas provenientes del mundo biomédico originadas por la evolución de lo científico y lo tecnológico y con impacto en relevantes Derechos Humanos y fundamentales, como, en lo que aquí interesa, el derecho a la vida o el derecho a la libertad en sus múltiples manifestaciones.

8. ROMEO (2017) p. 21.

La justificación de este requisito ha sido que la actividad del sistema jurídico comunitario y la integración de facultades esenciales en el entorno institucional comunitario ya no asumían un análisis del todo apropiado de los Derechos Humanos. Por ello, y según parece, esta cuestión fue objeto de inclusión en la agenda por argumentos sujetos a la bioética, la cual, en ese momento, experimentaba un desarrollo evidente en Europa. El Derecho determinó la presencia de organismos que aceptaron el enfrentamiento de la interconexión del mundo científico y del tecnológico con resoluciones referentes a la constitución que, al mismo tiempo, posibilitaban un análisis y evaluación con un mayor grado de exactitud de las reglas[9]. La acción fue interpretada con un sentido de sensatez política de lo jurídico, que contó con el respaldo de los comités del mundo bioético, las sentencias emitidas y aquellas decisiones de los parlamentos de los territorios comprometidos. Hacemos mención escueta a ellas:

Si nos remontamos a primeros de los años ochenta, el Consejo europeo y, a primeros de la década siguiente, la Comunidad Europea, ya disponían de un Comité focalizado en el ámbito biomédico: de un lado, el Comité Director para la Bioética, y, de otro, el Grupo de Consejeros para la Ética de las Ciencias y las Nuevas Tecnologías. Ambas instituciones se encontraban formadas por expertos en diversas disciplinas, originarios de los países comunitarios, que procedieron a la elaboración, unificadamente, de los documentos (no vinculantes) en relación con múltiples casos donde no era necesaria su aportación.

Atendiendo a una severa disciplina, el Comité procedía a emitir juicios de valor, ya que realizaba sugerencias que, si procedía, resultaban posteriormente aprobadas por el grupo ministerial. La importancia de estas resoluciones tiene su justificación en la pre-sentación de conceptos contundentes y la exposición pormenorizada de causas, los que eran publicados como anexos que acompañaban al contenido de la recomendación. En consecuencia, el esfuerzo en este campo residió en definir principios legales y morales que permitieran una regulación de la ejecución de las herramientas proporcionadas por el mundo biomédico.

Al respecto, el planeamiento resultaba parecido al de las sentencias clásicas, si bien teniendo en cuenta que el trabajo de la jurisprudencia resultaba delimitado a la resolución de casos concretos. Al contrario de las atribuciones ordinarias del Consejo europeo en relación con aquellos derechos reconocidos al individuo, las sentencias provenientes del ámbito comunitario eran más profusas.

De tales sentencias podemos extraer una consecuencia determinante: en la década de los 60, este órgano había protagonizado una importancia primordial a la hora de in-sistir en que la obediencia y el acatamiento de los derechos fundamentales era un capítulo inclusivo aquellos aspectos tradicionales del mundo jurídico, en los que este

9. CASADO (2018) pp. 175-176.

órgano aseguró su acatamiento. De otro lado, la evolución de los acuerdos internacionales fortalecía, quizá menos la atribución de competencias, como el reconocimiento de la facultad de la Unión Europea para llevar a cabo determinadas actuaciones y lograr resultados concernientes a las facultades legales esenciales y aspectos provenientes de la Bioética.

Partiendo de esta afirmación, se favorecieron, en la década de los años ochenta, una serie de manifestaciones en relación con la posibilidad de obtener un conjunto patrimonial que, proveniente de la genética, no fuera objeto de manipulación, actuación que dispondría el origen del precitado Comité. De igual modo, los acuerdos que la Unión Europea adoptó a mediados de la década de los años ochenta aglutinaron un compendio teórico relevante desde una perspectiva jurídica en el entorno científico relativo a la existencia del ser humano[10].

Después del acuerdo, el núcleo jurídico más relevante concerniente al ser humano comenzó a tener el valor relevante merecido dentro de los sistemas legales comunitarios y en el ámbito jurídico europeo globalmente considerado. Ello devino en una aparición del mundo jurídico científico, que originó, si bien de una forma aún ambigua, un bloque legal de instrucciones sobre esta cuestión.

Pudimos constatar, incluso, la notable similitud existente atendiendo a principios básicos, asumidos por el Consejo de Europa, y aquellos otros señalados a nivel comunitario, apoyándose mediante sugerencias emitidas por los consejeros, en determinadas normativas legales en el texto que recoge aquellos aspectos más relevantes de los derechos inherentes al ser humano, que disponía la necesidad de aplicar los aspectos jurídicos biomédicos y biotecnológicos.

De igual modo, fue formado un bloque normativo basado en principios elementales y en derechos humanos fundamentales, de entre los cuales se encuentra la necesidad de respetar la dignidad del ser humano, su independencia, la no marginalidad, la salvaguarda de respeto hacia su integridad física, la protección específica de los seres humanos más débiles e indefensos, la necesidad de respetar su intimidad y de reconocer el papel que han de ejercer los órganos éticos más relevantes. Amén de lo anterior, el sistema jurídico europeo concretó aún más la práctica desarrollada por algunos elementos esenciales, de entre los cuales se incluye la necesidad de respetar la intimidad de los individuos y el reconocimiento de que todos son iguales; ello propició, en resumen, la aparición de nuevas reglas, como el respeto por la dignidad, resultado de aminorar las consecuencias de otras tesis comunitarias (especialmente en materia económica), enfatizándolos en la relación del individuo con el mundo biomédico.

10. VALDÉS (2019) p. 1198.

Tal contexto determinó que se afirmara que los aspectos más esenciales del ser humano no afectaban exclusivamente a las personas, por su función operacional económica o social, sino también, y muy específicamente, por su calidad de seres humanos. Se determinó, por ende, la imposibilidad de que la puesta en funcionamiento de los derechos fundamentales se restringiera al círculo del ámbito jurídico europeo, de modo que esos derechos lograban el nivel de reglas originarias del mundo comunitario, colaborando en la finalidad básica de configurar tales derechos como una aportación fundamental de cara a la novedosa creación europea, así como la formación de una ciudadanía comunitaria.

Podemos concretar, por tanto, que el nuevo Derecho que aparece (el incipiente Bioderecho) fue una piedra de toque clave para el desarrollo de una nueva base política europea, pues, se puede advertir de las labores de quienes aconsejan al respecto, la actual realidad europea supuso el arranque que posibilitó ampliar el ámbito de actuación de la, por entonces, rama filosófica de los derechos de la persona, adaptado a las ciencias de la vida, que dilató su dimensión, aportando nuevas figuras y derechos.

La ampliación, extensión y desarrollo de los Derechos Humanos acarreó el abandono de un entorno reducido que consideraba al individuo como sujeto político, ya que el progreso biomédico, con su dimensión de intervención y modificación genética situaban la magnitud corporal de las personas en el ámbito de los Derechos Humanos. Esta supuso una inicial dificultad para definir la dimensión de una nueva doctrina, ya que la ambigüedad corpórea era prácticamente infranqueable; tal es así que, del mismo modo que el ámbito biológico concibe a la persona como una mezcla de lo físico y lo moral, para el mundo jurídico tradicional será un ser dotado de determinados atributos y reconocimientos.

En consecuencia, en la actualidad, el ser humano se sitúa en el foco de la doctrina instaurada y, además, la persona se propalaba en su dimensión más amplia. Al hacer referencia a este tema, bastantes de los preceptos emanados por la Convención aludían a los distintos episodios de evolución biológica anteriores al surgimiento, entre ellos, el precepto catorce, referido a la ausencia de determinación de si es hombre o mujer; el siguiente precepto, relativo al estudio científico con personas, o el precepto decimoctavo, centrado en analizar muy concretamente el estudio embrionario.

No obstante, al igual que en el apartado concreto, este órgano ratificó la diferencia típica de los distintos seres humanos en cuanto individuos intrínsecos de derechos, al igual que varias situaciones biológicas que hacían posible, en exclusiva, ostentar una adecuada garantía jurídica, los aspectos menos claros en relación con este asunto permanecieron.

De otro lado, la Convención propició una especie de subsistencia de responsabilidad legal única: la ampliación de la garantía, en algunos puntos, en relación con sucesiones venideras. El concepto que se impuso al respecto se concretó en que de

terminados daños de la integridad de la persona, así como los problemas que estos implicaban, tenían la posibilidad de suponer efectos irremediables en relación con los frutos obtenidos. Esta genética, por tanto, tomaba un protagonismo en los trabajos de la Convención y se erguía con fuerza en el debate. El desarrollo que se llevaba a cabo en esta ejecución de los derechos del hombre aparecía como una auténtica novedad, toda vez que la persona no resultaba desprotegida exclusivamente en su misma configuración, tanto más fruto del nexo que lo ligaba a otras personas, como eran las propiedades de lo genético. Dicha afirmación se presentaba como un hilo articulador del nuevo instrumento.

Por una parte, la tarea de la Convención se configuró como el trampolín desde el que, años más tarde, se identificarían los preámbulos del Bioderecho. De otro lado, la ampliación de los beneficiados por los derechos trajo consigo también una gran variedad de posibles incumplidores. La divulgación de la voluntad del legislador europeo permitió ver un problema adicional en esta propuesta sobre los Derechos Humanos: las agresiones contra la identidad de la persona podían repetirse y aumentar ante una incorrecta utilización de las técnicas provenientes del ámbito biomédico. Tanto más, la problemática derivada de la infracción de los derechos inherentes al hombre, aparte de implicar al titular de los derechos, abría la puerta a nuevos estratos o estamentos, por ejemplo, al Estado. El Estado, por propia naturaleza, emergía como responsable del orden de estos intervinientes y su papel en el sistema, atendiendo a que todos estos podían interferir directamente en la parte corporal por medio de actuaciones que eran cometidas. Estas actuaciones del mundo biomédico podían, pues, establecer la responsabilidad colateral del aparato estatal en cuanto culpable en relación con aquellos posibles efectos dañinos que, como consecuencia de una actuación activa o pasiva a la hora de controlar a aquellos que infrinjan los derechos inherentes a la persona, eran susceptibles de provocar a los miembros.

Finalmente, el trabajo específico del espacio comunitario básicamente se centró en producir replicas determinadas de cara a disciplinar diversas prácticas provenientes, de una forma global, del mundo biomédico y genético, ya que estas eran objeto de desarrollo. De este modo, el Consejo europeo reglamentó, verbigracia, el régimen legal de los bienes provenientes de la sangre y posibilitó que determinadas partes del ser humano pudieran circular e ir destinadas a realizar operaciones de trasplante.

Sin embargo, resulta difícil adoptar una política europea que aportara un derecho común con los nuevos retos de los avances biomédicos sin un cuadro legal extensivo y que admitiera el avance en una legislación comunitaria. Máxime aún, ante la carencia de un consenso notable, moral, político o ideológico sobre asuntos tan delicados que contenían, además de connotaciones jurídicas, otras de tipo social y antropológico.

En ese escenario, la Comunidad Europea se fijó como objetivo la elaboración y determinación de preceptos que consagraran determinados fundamentos constitutivos

del Bioderecho, asumido como un Derecho emblema que estableciera limitaciones a lo científico y a lo tecnológico, contribuyendo, simultáneamente, a precisar una identificación sólida del ser humano.

3. Reproducción humana asistida: perspectiva jurídico-ética

Tras el surgimiento en Reino Unido, a finales de la década de los setenta, del primer menor concebido por medio de técnicas fecundadoras in vitro, en la actualidad, son muchos los casos de personas nacidas como resultado del empleo de estos y otros instrumentos a lo largo y ancho del planeta. En nuestro país, tuvimos que aguardar algún tiempo, concretamente hasta mediados de la década de los años ochenta, donde tuvo lugar el nacimiento del primer niño cuya concepción se produjo por medio de estas técnicas. Teniendo en cuenta que, tradicionalmente, lo jurídico no tiene capacidad de res-puesta simultánea a los progresos de la ciencia, hubo que esperar cuatro años a que se decretase en España la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida[11], que, es justo reconocer, fue de las pioneras en promulgarse en el ámbito de la Unión Europea.

El propósito de esta norma legal no era otro que aceptar el uso de las prácticas de reproducción asistida ante situaciones de infertilidad o para prevenir y tratar problemas cuya razón de ser residía en aspectos genéticos o hereditarios (artículo 1); sin embargo, estos no eran los únicos fines perseguidos, ya que la norma también posibilitaba, en su artículo 6.1, que las mujeres, a título individual, pudieran acceder a estas prácticas, al significar que "toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley". A la vista de lo anterior, podemos deducir, además, que podrían ejercerlas sin aducir problemas de infertilidad, sino exclusivamente con el fin de atender sus necesidades maternales.

Además, la norma, en su artículo 5, protegía la privacidad del donante que ofrecía sus células sexuales al benefactor de tales prácticas, permitiendo su exploración y experimentación tanto con gametos como con preembriones. En lo que aquí respecta, reglamentaba, en sus artículos 7 a 10, la identidad de los neonatos a través de estas técnicas de reproducción.

Estos y otros puntos de la Ley, que introducía en su clausulado elementos administrativos, penales y civiles, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad que se sustentó en tres razones fundamentales: ser contraria a las reglas constitucionales que marcaban las características que debía reunir la conformación de la estructura familiar; infringir el artículo 15 de la Constitución Española (en adelante, CE)[12] al no

11. BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988.

12. BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

aportar claridad en cuanto al nivel legal de estos embriones en fase previa y no satisfacer, por ende, la obligación con la que cuentan los órganos del Estado a la hora de determinar una normativa jurídica en garantía de la vida, y quebrantar el artículo 81.1 CE por influir en la evolución de aquellos derechos inmanentes al ser humano sin tener naturaleza orgánica. Por estos motivos, solicitaban el reconocimiento de la inconstitucionalidad de la ley en toda su integridad o, alternativa y accesoriamente, de aquellos mandamientos concretos que se reflejaban en las alegaciones interpuestas. Empero, esta cuestión fue definitivamente solventada mediante la STC 116/1999, que manifestó su conformidad con la norma constitucional.

Posteriormente, esta norma fue modificada en determinados aspectos mediante la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida[13]. Sin embargo, ambas fueron derogadas mediante la actual LTRHA, la cual, en la comparativa jurídica a nivel comunitario, constituye un gran exponente[14].

La LTRHA no modifica sustancialmente las propuestas contenidas en la anterior regulación, si bien sí que incorpora novedades relevantes: delimitación de la denominación de preembrión, que la circunscribe a su propio ámbito de aplicación; prohibición de la clonación en seres humanos que busquen funciones reproductivas; regulación de novedosas técnicas reproductoras asistidas; ampliación del campo de acción al diagnóstico genético preimplantacional que posibilita nuevos caminos en la prevención de enfermedades de carácter hereditario; fortalecimiento de las anotaciones y otros procedimientos informativos que contribuyan a un más amplio asesoramiento a los usuarios que acudan a esta clase de prácticas, o supresión de las disparidades en lo referente al futuro de los embriones en fase previa que estuvieran crioconservados, además de eliminar las limitaciones que se habían instaurado en la regulación anterior para la generación de ovocitos.

De este modo, la configuración inicial de los artículos 7 a 10 LTRHA, reguladores de la identidad de quienes nacen por medio de procedimientos reproductivos asistidos, en la práctica no aportaban cambios relevantes respecto de la precedente. No obstante, la nueva redacción proporcionada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres[15], normalizadora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, agregó la posibilidad de que el marido de la mujer beneficiaria de dichos procedimientos reproductivos asistidos pudiera determinar para sí la identidad del menor que nacía en el caso de que manifestara su aprobación frente a la persona encargada del Registro Civil con anterioridad al alumbramiento. Dicho punto sufrió, después, una alteración merced a

13. BOE núm. 280, de 22 de noviembre de 2003.

14. LLEDÓ (2017) pp. 33-34.

15. BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil[16], eliminando la obligatoriedad de que la autorización para determinar la identidad hubiera de llevarse a cabo previamente al momento de nacer.

Así las cosas, ni la actual LTRHA ni la precedente han cambiado el sistema de filiación incluido en el Código civil ni se ha agregado observación alguna sobre la filiación procedente de la reproducción asistida. Dicho lo cual, el artículo 7.1 LTRHA establece que la identidad de quienes nacieran utilizando dichas prácticas se continuará determinando mediante las normas contenidas en el compendio básico de artículos civiles (así como por aquellas normas de naturaleza civil que, provenientes de las Comunidades Autónomas, cuentan con una disciplina propia). No obstante, conviene no olvidar que la LTRHA cambia totalmente el sistema de identidad incluido en el mismo, considerando que se basa en la verdad de la biología y, en consecuencia, en el reconocimiento de que el progenitor legal también lo es biológicamente, ya que dentro de la filiación originaria en los procedimientos reproductivos humanos asistidos se otorga predominio a aquella intención del que anhela ejercer como progenitor, dando como resultado que, circunstancialmente, aquel que lo es biológica (el que aporta su material genético) y legalmente (aquellos que asumen el empleo de estos procedimientos en la persona con la que mantienen una relación sentimental o la persona que se disponga para sí la filiación del menor de su pareja) sean diferentes.

Históricamente, la filiación resultante de procedimientos de reproducción humana asistida ha sido considerada como insertas en la filiación natural, al poseer un fundamento biológico, pero la realidad hace ver que las reglas ideadas de cara a la delimitación filiadora natural, que se ven soportadas en la realidad de la biología, no terminan casando por cuanto esta generación no procede de la procreación y la determinación del resultado filial se acuerda voluntariamente, destacando el que deriva del empleo de procedimientos reproductivos asistidos.

No obstante, las prácticas de reproducción asistida se podrán usar por ahora, bien por personas de distinto sexo, se hayan casado o no (por presentar situaciones de infertilidad), bien por personas del mismo sexo o por una persona que quiere ser madre soltera. La utilización de estos medios reproductivos asistidos debe concebirse también, por tanto, como la posibilidad de recurrir a su utilización voluntaria para conseguir descendencia. En este sentido, las discrepancias sobre la posible existencia de esta facultad de procreación, emergen en aquellos casos en que, merced a las innovaciones científicas y tecnológicas, empiezan a usarse métodos reproductivos asistidos; de este modo, el mundo de la ciencia persigue, tras la publicación de la LTRHA, el reconocimiento que concrete el empleo de estos procedimientos reproductivos

16. BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015.

asistidos, asumiéndose que la utilización de estos procedimientos se sustenta en el legítimo deseo de garantizar y cuidar toda forma de salud, en tanto que otros profesionales manifiestan que el empleo de métodos reproductivos asistidos encuentra su justificación en el derecho a la procreación.

Conviene indicar que la CE no incorpora específicamente esta facultad de reproducción. Por esta razón, aquellos que apoyan la existencia de este derecho, lo asumen como una exteriorización de otros derechos que ya están expuestos. Así, parte de la doctrina científica[17] cree que el derecho a la reproducción puede tener connotaciones constitucionales en la evocación de la libertad personal que la CE hace en el artículo 17.1. Otra parte de ellos[18], en cambio, asimila esta facultad reproductora a la consistente en constituir un ente familiar, asumido en el marco legal y entendiendo que las reglas referidas a los derechos fundamentales agrupadas en la Norma Suprema deben ser entendidas de acuerdo con el texto que declara universalmente los derechos inherentes al ser humano, texto, este, que, asumido en forma de Declaración Universal, determina que cualquier persona debe contar con la posibilidad de poder formar un núcleo familiar. De igual modo, también se ha puesto en tela de juicio por medio de algún sector doctrinal[19] el encaje de esta facultad de procreación como subespecie de la facultad que tienen los individuos de disponer con total libertad el número de descendientes, así como el momento de tenerlos (artículo 18 CE).

Además, ya en el preámbulo de la Ley 35/1988, se observaban indicios que daban carta de libertad a la utilización de los métodos asistidos reproductivos, no ya exclusivamente con una finalidad médica frente a la infertilidad o para tratar dolencias extrañas (a la cual, ciertamente, aludía su precepto primero), sino, de igual modo, cual fórmula para cumplir la mera aspiración de generar descendientes.

Sobre este particular, se puede afirmar que las técnicas de reproducción asistida ya no son un mero remedio a la infertilidad, sino que, además, están al servicio de las aspiraciones de quien anhela generar descendientes y que no padece ningún impedimento médico para llevarlo a cabo. En este sentido, algunos autores[20] manifiestan que la ley española ya no es un remedio para la infertilidad y prácticamente ha pasado a transformarse en una herramienta de protección y garantía de los derechos de la mujer, de tal forma que constituye un nuevo derecho intrínseco: el derecho de la mujer a la reproducción (sola, casada, homóloga, heteróloga, post-mortem, homosexual, de una madre casada con otra de la que recibe los óvulos o de dos mujeres con semen del mismo donante).

17. ALONSO (2020) pp. 74-77.

18. DÍAZ (2019) pp. 53-131.

19. DANILUK y KOERT (2017) pp. 2045-2412.

20. MARTÍN (2019) pp. 169-179.

Pero probablemente la contribución doctrinal más relevante en este ámbito sea la que defiende que la facultad procreadora va sobresaliendo dentro del terreno global, aseveración argumentada a través de un estudio de los textos internacionales[21]. En este sentido, esta facultad se centraría en la facultad de crear este núcleo familiar amparado por la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la Organización de las Naciones Unidas en relación con la sociedad y con el género, que abarca la facultad humana esencial de elegir libremente y con responsabilidad la cantidad de descendientes, debiendo aludirse igualmente a la determinación de la facultad reproductora, contemplada en el texto de la Organización de las Naciones Unidas sobre eliminación de las formas de marginación frente a las mujeres, la cual, pese a tener una vocación más limitada que la facultad reproductora con fines sanitarios, es una facultad inherente a la persona y con unos márgenes perfectamente descritos.

Por otro lado, es asumible que la dificultad que pudiera entrañar la asimilación de tal facultad al confrontarla con las preferencias de un segundo sujeto de la relación, tendrá que abordarse sopesando las facultades que corresponden a los distintos miembros, no pudiendo entenderse como un derecho categórico.

Por otro lado, también existen opiniones discordantes[22] que otorgan preeminencia al valor supremo del menor y al hecho de que este venga al mundo con la protección de una figura paterna y otra materna (en este último supuesto, se deduce que el anhelo de la persona a la maternidad por medio de la opción de los métodos reproductivos asistidos pasa a un segundo plano ante la prioridad del menor de contar con una figura materna y otra paterna).

Más allá de lo anterior, y en cuanto al derecho a tener conocimiento de los orígenes familiares, expuestas las incertidumbres doctrinales que existen acerca del derecho o no a la reproducción, debemos mencionar, aunque sea brevemente, otro derecho, como es el que tienen las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría a través de sus representantes legales, a conocer los datos sobre sus orígenes biológicos, y que también hace acto de presencia cuando se recurre a la utilización de estos sistemas. Y lo hacen, de forma muy especial, en el supuesto de reproducción asistida heteróloga, en el que los progenitores biológicos no coinciden con los progenitores legales; en este caso, surgen discrepancias sobre si existe o no el derecho de conocer el origen biológico. La implicación del derecho fundamental a la libertad y a la igualdad parece evidente.

Ciertamente, la opinión mayoritaria[23] se inclina hacia la concurrencia de esta facultad, haciendo prevalecer la dignidad y la intimidad del ser humano contemplada

21. RABADÁN-SÁNCHEZ (2019) pp. 586-613.

22. DUPLÁ (2019) pp. 289-325.

23. VIDAL (2019) pp. 478-513.

dentro de la CE, a lo que se une un mayor progreso y mejora de la personalidad. Incluso, hay opiniones que proponen su elevación a rango de derecho de la personalidad, bien desde el punto de vista de la moralidad (ya que, tras ser conocida la identidad, esta tendrá que decidirse y los progenitores biológicos deberán prestar atención a las necesidades del menor), bien atendiendo a la óptica emocional (que fomenta la normal evolución de la personalidad del hijo, permitiendo que conozca su identidad).

A pesar de ello, la facultad de conocer la procedencia en el supuesto de fecundación asistida con participación de un donante, presenta unas limitaciones preliminares, básicamente debido a la facultad de garantizar la privacidad la persona que dona, la cual desea mantenerse en el anonimato, situación que, de igual modo, se aplica al reconocimiento de la esfera íntima en la vertiente de la persona y de la familia de los progenitores legales del menor. Finalmente, también puede verse restringido porque la identidad ya está decretada en beneficio de los padres legales.

La STC núm. 166/1999 advierte que el anonimato de la persona que dona no presupone una dificultad absoluta para concretar la identificación del menor, ya que el artículo 5 TRLHA atribuye a los menores la facultad de conocer los datos generales que permitan asegurar que se conocen los aspectos de naturaleza genética de su ascendiente, aunque subraya que todas estas cuestiones van encaminadas a mantener la privacidad de la identificación del donante.

4. Determinación de la filiación

La relación filial es aquella que se crea en el menor en relación con quienes sean los progenitores. Dicho nexo, que, en principio, tiene una naturaleza biológica y, en consecuencia, es el resultado del acto de procrear, determinando el vínculo legal que existe en la relación paternofilial, ya que, de la misma, dimanan efectos jurídicos desde el momento en el que este nexo aparece. Sin embargo, en diferentes ocasiones la identidad jurídico-biológica no coinciden.

Desde una perspectiva legal, la concreción del vínculo filial hace nacer una serie de consecuencias recogidas en los preceptos 109 a 111 CC, como sucede con la identificación del nacido por su apellido, así como la responsabilidad de ambos progenitores de cuidar a los hijos menores y proporcionarles alimento, independientemente de que tengan o no, la patria potestad. Además, la fijación de la identidad igualmente tiene consecuencias en relación con los derechos de sucesión (artículo 807 CC); a la herencia *ab intestato*, en cuyo caso serán los menores quienes deban optar en primer lugar a la sucesión, o la adquisición de la nacionalidad (artículos 17 y ss. CC).

Por lo que respecta a la fijación de la identidad, conviene analizar diversos supuestos:

4.1. Filiación Matrimonial

a) Homóloga

La hipótesis menos compleja de cuantas se producen en el uso de los métodos de reproducción humana asistida es aquella que alude a la fecundación dentro del matrimonio y con el consentimiento de ambos progenitores (artículo 6.3 LTRHA), determinando la coincidencia biológica y jurídica. A su vez, esta modalidad presenta dos variantes posibles:

a.1) Inter vivos

A tenor de la identificación jurídico-biológica, la LTRHA no determina especificidad alguna en relación con la especificación de la identidad, remitiéndose, por ende, al clausulado del CC y, más específicamente, a los artículos 115 a 119. En consecuencia, la maternidad se atribuirá vía nacimiento del niño, mientras que la paternidad lo hará a través de la conjetura expresada en el artículo 116 CC, que presume que será padre quien tenga una relación matrimonial con la madre cuando el descendiente haya venido al mundo tras la ejecución matrimonial y con anterioridad a las 300 jornadas ulteriores al momento en que se disuelvan o separen los cónyuges. Esto aparecerá debidamente justificado con la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, así como con la del matrimonio de los padres (artículo 115.1 CC).

a.2) Post mortem

Es esta una hipótesis ciertamente más compleja. En este caso, el artículo 9 LTRHA establece la identidad del menor nacido como consecuencia del uso de las técnicas de reproducción asistida si concurre el fallecimiento de uno de los ascendientes, el padre, que será quien haya donado el semen, en estado de crioconservación, con anterioridad a su defunción.

En este caso, no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. No obstante, se dispondrá la filiación del descendiente en favor del esposo muerto si concurren una serie de condiciones:

- Aprobación del marido, que habrá de otorgarse mediante un acto personalísimo (por lo que no puede hacerse mediante representante legal y tiene que ser debidamente reconocida la mujer que va a ser germinada), expreso (no presunto), formal (por medio de escrituras públicas, a través de la figura testamentaria o por instrucciones previas - artículo 9.2 LTRHA-), rescindible (el consentimiento para la aplicación

de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquellas).

- Intervalo de un año, a contar tras la defunción y que concluirá en el momento en que la persona sea fecundada con materia reproductiva. Dicho intervalo de tiempo se ha visto incrementado respecto de la normativa precedente, que establecía un intervalo de medio año.

Formalizadas las condiciones anteriores, cabrá la posibilidad de que la esposa del difunto sea fecundada con semen de su esposo, dando lugar al menor.

b) Heteróloga

Como es sabido, la fecundación heteróloga se produce en aquellos casos en que la persona es fecundada mediante esperma de un donante, ya sea dentro del matrimonio o fuera de él; dentro del primer caso, además, podrá ser en un matrimonio heterosexual u homosexual, que también puede emplear estos procedimientos reproductivos asistidos.

b.1) Matrimonio heterosexual

La LTRHA contempla expresamente esta modalidad (artículo 8.1).

Dicho precepto, sin embargo, únicamente se limita a establecer que la autorización del esposo en relación con la inseminación de su esposa conllevará que ninguno de ellos pueda rechazar la filiación matrimonial del nacido. Por ello, aun cuando el esposo no es el progenitor natural, el nexo filial se fijará en él, hecho que demuestra la preeminencia del factor volitivo frente al puramente biológico, ya que el donante jamás podrá conseguir la filiación.

En consecuencia, se fijará el nexo filial de la persona descendiente engendrada a través de métodos reproductivos asistidos en beneficio del esposo que proporciona la autorización, considerando la suposición de ser el padre al ampro del artículo 116 CC.

b.2) Matrimonio homosexual

Tras la modificación experimentada a finales de la primera década del 2000 de la LTRHA merced a la Ley 3/2007, que reguló la modificación en el registro de la alusión a la condición masculina o femenina de los individuos, se patrocina que, en la unión matrimonial entre personas homosexuales sea posible conseguir la identidad del menor.

Esta modificación es el resultado del reconocimiento del nexo matrimonial entre personas del mismo sexo mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio[24], que enmienda el CC

24. BOE núm. 157, de 02 de julio de 2005.

por lo que respecta a la posibilidad, legalmente reconocida, de este tipo de uniones, haciendo posible la adopción unificada por los sujetos de la pareja o el acogimiento del menor de uno de los miembros por el otro. En este caso, no cabría la hipótesis de nexo filial atendiendo a un doble hecho natural.

Este punto se mantenía vigente hasta la puesta en marcha de la citada reforma, haciendo posible la doble maternidad natural al aceptar que la cónyuge de la mujer que ha tenido el hijo mediante métodos reproductivos asistidos otorgue la aprobación en orden a fijar en su beneficio el nexo filial del nacido.

El supuesto considerado en el artículo 7.3 LTRHA se ha rodeado de diferentes reprobaciones por parte de los expertos[25], las cuales se han centrado en aspectos como su encaje dentro de la Ley o la hipotética exclusión a que se expone en un doble sentido, ya que la disposición únicamente se aplica en el supuesto de nexo matrimonial entre personas del mismo sexo femenino, de modo que impide, de una parte, esta posibilidad dentro del matrimonio homosexual entre varones, y, de otra, que pueda adaptarse a una relación de personas de sexo femenino sin nexo matrimonial, si bien, en dicho supuesto, existe un sector de expertos[26] que respaldan la imposibilidad de discriminar.

Asimismo, también ha sido objeto de debate su inserción en cuanto modalidad filial natural al aproximarse bastante al supuesto de filiación adoptiva. No obstante, para concretar dicho nexo filial no existe fallo de los Tribunales ni está sujeto al fundamento que atiende a la preferencia del menor; en consecuencia, teniendo en consideración que no existe una tercera modalidad filial diferente de aquella natural, así como la adoptiva, habría de deducirse que el supuesto considerado en el artículo 7.3 LTRHA es un supuesto de filiación natural. Finalmente, en relación con la condición matrimonial o no de esta filiación derivada, debe entenderse que este un requisito *sine qua non*, puesto que las dos mujeres ejercerán el papel de madres, para lo cual deberán estar necesariamente casadas ya que la disposición no acepta otra opción diferente.

Por lo que respecta a la persona casada con aquella que está gestando, teniendo en consideración el precitado apartado tercero del precepto séptimo de la norma de referencia, cabrá la posibilidad de recibir igualmente la condición materna al dar la autorización, que tendrá que venir precedida de una serie condicionantes:

Atendiendo a cuándo se brinda la autorización, es preciso realizarlo dentro del matrimonio, que no existiera disolución del mismo de ningún tipo y, en cualquier caso, antes de producirse el alumbramiento del menor. No obstante, este último condicionante ha sido anulado mediante la corrección realizada sobre el artículo 7.3 LTRHA por parte de la Ley 19/2015; resultado de dicha modificación, en la actualidad

25. PARDO (2019) pp. 17-20.

26. CRAVIOTTO (2019) pp. 54-89.

resulta condición optativa el hecho de que la otra persona integrante de la relación otorgue la autorización con anterioridad al alumbramiento del niño, pudiendo hacerlo indistintamente antes o después. Por lo demás, la prestación del consentimiento deberá materializarse mediante una declaración registral, conforme a lo dispuesto en Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil[27], que, tanto en la actualidad como una vez efectuada la modificación mediante la Ley 19/2015, establece, dentro del apartado quinto del precepto 44, lo siguiente:

"También constará como filiación matrimonial cuando la madre estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer y esta última manifestara que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge".

Confluyendo estas formalidades, la autorización prestada por la cónyuge de la mu-jer que alumbra traerá como consecuencia y resultado la atribución directa del nexo filial con el menor, apareciendo civilmente en el órgano registral con esta condición materna.

4.2. No matrimonial

a) Homóloga

a.1) Inter vivos

Caso similar al de la fecundación homóloga en pareja casada, tampoco ofrece mayores problemas el caso de la fecundación que tiene lugar fuera del matrimonio. La LTRHA no aprecia connotaciones concretas para esta hipótesis, debiendo someterse a aquellas normas que, en relación con el nexo filial no derivado del matrimonio, se recogen actualmente en el CC dentro de los artículos 120 a 126.

Así las cosas, la figura paterna tendrá que asistir a aquellos títulos de especificación del nexo filial no derivado del matrimonio contemplados dentro del artículo 120 CC, los cuales, básicamente, aluden a la identificación frente al responsable del órgano registral civil, así como la disposición procedente del documento del registro, requisitos que, tras la modificación efectuada merced a la Ley 19/2015, se ven complementados con la declaración correspondiente hecha por la figura paterna dentro del documento legal al llevar a cabo la inscripción de este nacimiento (artículo 120.1º del Código Civil).

Abundando en este asunto, hay que tener presente la relevancia que, tanto el reconocimiento como el expediente registral, puede tener en la autorización prestada para la puesta en práctica de estas técnicas. Así, el consentimiento dado para la rea

27. BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

lización de la inseminación no agrupa los requisitos formales que fija el artículo 120 CC para acometer el reconocimiento, por lo que la expresión de la autorización para dichos métodos reproductivos asistidos no suprime la obligación relativa a que aquel que persiga asumir ser padre preste de nuevo la autorización con el objetivo de decretar de forma extrajudicial dicha identidad.

a.2) Post mortem

Exactamente igual que en el supuesto de la filiación matrimonial, es igualmente posible el nexo filial no derivado del matrimonio del menor nacido por medio de técnicas fecundadoras una vez producida la muerte. En este caso, es, pues, necesaria la aportación de la conformidad del varón de igual manera y en los mismos plazos, según determina el artículo 9.3 LTRHA. La diferencia, en el momento de disponer la identidad del menor, residirá en que la autorización dada por el varón es tomada como título para comenzar la documentación registral estipulada en el artículo 44.7 de la Ley 20/2011.

b) Heteróloga

Una mujer, aun sin vínculo matrimonial, se puede acoger exactamente igual a las prácticas de reproducción asistida con colaboración de donante. Se dan, para este supuesto, dos posibles situaciones:

La primera, cuando lo lleve a cabo merced al consentimiento del varón con el que conviva. En esta situación, la filiación será atribuida al hombre que consienta previamente dicha fecundación no natural de la persona con la que mantiene una relación con semen de otra persona que dona. Como requisito previo, será necesario que haya plasmado la autorización escrita, cumplimentado en la institución autorizada y antes de que las prácticas de fecundación se hayan iniciado (artículo 8.2 LTRHA). Además, será necesario acudir a los títulos de definición del nexo filial no derivado del matrimonio, amparado por el precepto 120 CC.

La segunda, en caso de que la mujer soltera acuda a estos métodos reproductivos mediante la colaboración de un donante, el nacido sólo dispondrá de filiación materna y no paterna, puesto que al donante en ningún caso se le atribuirá el vínculo filial.

5. Conclusiones

Como hemos podido ver a lo largo del presente estudio, la permanente evolución científica comporta sistemáticamente un desafío para el mundo jurídico y bioético, así como en relación a los efectos que ello imprime en los Derechos Humanos, como, en lo que aquí interesa, el derecho que tiene todo individuo a la vida, la libertad y a la asistencia médica. En este contexto, una de las figuras que más ha evolucionado en

los últimos años y que más interés ha despertado en la población es la reproducción humana asistida, objeto de análisis.

Fruto de lo anterior, surge la LTRHA, que persigue aceptar el uso de las prácticas de reproducción asistida ante situaciones de infertilidad o para prevenir y tratar problemas cuya razón de ser residía en aspectos genéticos o hereditarios, además de posibilitar que las mujeres, a título individual, pudieran acceder a estas prácticas, al significar que toda mujer podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en la presente ley. La LTRHA no modifica sustancialmente las propuestas contenidas en la normativa precedente, aunque introduce novedades importantes en cuanto a la delimitación de la denominación de preembrión, la prohibición de la clonación en seres humanos que busquen funciones reproductivas, la regulación de novedosas técnicas reproductoras asistidas, la ampliación del campo de acción al diagnóstico genético preimplantacional que posibilita nuevos caminos en la prevención de enfermedades de carácter hereditario, el fortalecimiento de las anotaciones y otros procedimientos informativos que contribuyan a un más amplio asesoramiento a los usuarios que acudan a esta clase de prácticas, o la supresión de las disparidades en lo referente al futuro de los embriones en fase previa que estuvieran crioconservados, además de eliminar las limitaciones que se habían instaurado en la regulación anterior para la generación de ovocitos.

Por último, en cuanto a la fijación de la identidad, se ha puesto de relieve las distintas modalidades existentes y las notas definitorias existentes en cada una de ellas, dependiendo de si es homóloga (dentro del matrimonio y con el consentimiento de ambos progenitores) o heteróloga (en que la persona es fecundada mediante esperma de un donante, ya sea dentro del matrimonio o fuera de él), analizándose la disparidad de supuestos y, por ende, de efectos jurídicos previstos en la norma atendiendo a cada caso.

Referencias bibliográficas

ALBERT, Marta María (2018): "¿Hacia un derecho universal? Bioderecho en acción y funcionalización del valor de la vida humana". *En Cuadernos de Bioética*, Nº 81, pp. 223-238.

ALONSO, Nieves (2020): "La maternidad subrogada en el constitucionalismo europeo: dificultades para su anclaje legal ante una realidad social en constante evolución". *En Unión Europea Aranzadi*, Nº 1, pp. 17-45.

APARISI, Ángela (2019): "Al principio de la dignidad humana como fundamento de un Bioderecho global". *En Cuadernos de Bioética*, Nº 81, PP. 201-222.

CASADO, María (2018): "Bioética y Derechos Humanos: sobre la bioética como herramienta para la Democracia". E*n IUS ET VERITAS: Revista de la Asociación IUS ET VERITAS*, Nº 53, pp. 172-180.

CRAVIOTTO, Patricia (2019): "Embriones en reproducción humana asistida: Contro-versias sobre la congelación y el estudio genético pre-implantatorio". *En Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, Nº 1, pp. 54-89.

DANILUK, Judith y KOERT, Emily (2017): "Childless Canadian men's and women's childbearing intentions, attitudes towards and willingness to use assisted human reproduction. *En Human Reproduction*, Nº 8, pp. 2045-2412.

DÍAZ, Javier (2019): "La gestación por sustitución ante el Registro Civil español. Evolución de la doctrina de la DGRN y de la jurisprudencia española y europea". *En Revista de Derecho Civil*, Nº 1, pp. 53-131.

DUPLÁ, Antonio (2019): "El presente del pasado: el principio mater semper certa est y su reflejo en la actual legislación sobre reproducción humana asistida". *En Revista Internacional de Derecho Romano*, Nº 22, pp. 289-325.

LEMMENS, Trudo y FLAVELLE, Andrew (2017): Regulatin creation: the law, ethics, and policy of assisted human reproduction (Londres, University of Toronto Press).

LLEDÓ, Francisco (2017): "La Ley sobre las técnicas de reproducción humana asistida". En LLEDÓ, Francisco. Las relaciones paterno-filiales, adopción y potestad parental (Madrid, Dykinson). pp. 75-88

MARTÍN, Marisa (2019): "La supuesta donación de la capacidad reproductiva en la gestación por sustitución". *En Derecho y salud*, Nº 1, pp. 169-179.

PARDO, María José (2019): "El derecho a conocer el origen biológico de los hijos versus el derecho al anonimato en caso de utilización de técnicas de reproducción humana asistida heterólogas". *En Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*, Nº 127, pp. 17-20.

RABADÁN-SÁNCHEZ, Fuensanta (2019): "El derecho a conocer los orígenes biológicos de la reproducción asistida". *En Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº 10, pp. 586-613.

ROMERO, Carlos María (2017): "El Bioderecho y la Bioética, un largo camino en común". *En Revista Iberoamericana de Bioética*, Nº 3, pp. 13-45.

VALDÉS, Erick (2019). "Bioderecho, daño genético y derechos humanos de cuarta generación". *En Boletín de Derecho Comparado*, Nº 144, pp. 1197-1228.

VIDAL, Jaime (2019): "Acerca de la regulación jurídica de las técnicas de reproducción humana asistida". *En Actualidad jurídica iberoamericana*, Nº 10, pp. 478-513.

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DICIEMBRE 2020 • E-ISSN 0719-2150 • VOL. 11 • Nº 2. PÁGS 83-121
RECIBIDO 06/08/2020 - APROBADO 16/11/2020
DOI 10.7770/RCHDCP-V11N2-ART2267

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

¿La justicia de la 'mano muerta del pasado'? Sobre la interpretación dinámica y el principio de legalidad penal[1]

Justice from 'The Dead Hand of Past'? On Evolving Interpretation and the Principle of Legality in Criminal Matters

Luciano D. Laise[2]
CONICET, Argentina

RESUMEN El problema de la 'mano muerta del pasado' refiere a la cuestión que se plantea en teoría de la interpretación acerca del grado de fidelidad que se le debe a quienes redactaron y aprobaron una disposición jurídica. Esta tesis suele ser discutida intensamente por quienes defienden una interpretación dinámica de las normas y disposiciones que reconocen derechos fundamentales. Sin embargo, esto introduce un reto complicado al momento de interpretar el alcance del principio de legalidad penal, porque de la pretensión de asegurar la eficacia de las normas penales no podría derivarse alguna clase de aplicación analógica de las disposiciones jurídicas. Por ende, cabría preguntarse, ¿es la interpretación dinámica irreconciliable con el principio de legalidad que modela al derecho penal propio de un Estado de Derecho? ¿Es la interpretación dinámica una excusa para eludir la prohibición de aplicación analógica de normas penales? Este trabajo pretende brindar una respuesta a tales interrogantes.

1. El autor reconoce y agradece a Fabio Pulido, Pablo Rivas, David Ramírez Pabón, Paulo Nestares, Edgar Hernán Fuentes-Contreras, Sergio Morales, Gustavo Manzó, Leonardo Guarín y Juan Sebastián Bohorquez por las sugerencias y/o discusión de algunas cuestiones que han modelado y pulido a las ideas desarrolladas en este trabajo. Especialmente agradezco a los participantes del Seminario del Dpto. de Teoría Jurídica y de la Constitución de la Universidad de La Sabana (Colombia) porque en una de sus sesiones tuve la oportunidad de discutir una versión previa de esta investigación. A Frederico Bonaldo le reconozco haber sido quien me incitó a reflexionar sobre el caso brasileño que se emplea en este trabajo.

2. Doctor en Derecho (U. Austral, Argentina). Investigador de planta del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET), lugar de trabajo: Departamento de Ciencias Sociales, Jurídicas y Económicas, Universidad Nacional de Chilecito, 9 de Julio N° 22, Chilecito, La Rioja, Argentina. ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4249-5948. E-Mail: lucianolaise@conicet.gov.ar.

PALABRAS CLAVE Garantías constitucionales del derecho penal; prohibición de analogía; justicia; seguridad jurídica; interpretación de la ley penal.

ABSTRACT The 'dead hand of the past' problem refers to an issue posed in the theory of legal interpretation, as to how far we should remain faithful to those who adopted our current constitutional provisions. This claim is widely discussed by those who defend some sort of evolving interpretation of basic rights. Nevertheless, this approach introduces a subtle challenge when interpreting the extension of the principle of legality in criminal matters, as the intention of achieving effectiveness through criminal laws should not be derived from any kind of analogical application of the law. We may therefore wonder: Is evolving interpretation necessarily incompatible with the principle of legality in criminal issues, as required by Rule of Law? Is evolving interpretation plainly an excuse for eluding prohibitions of analogical application of criminal provisions? This article attempts to provide answers to these questions.

KEYWORDS Constitutional guarantees of criminal law; prohibition of analogy; justice; legal security; interpretation of criminal provisions.

1.Introducción: proyecciones del principio de legalidad sobre la interpretación dinámica de las normas penales

Uno de los dos principios fundamentales del derecho penal es el principio de legalidad —junto con otro, el principio de culpabilidad[3]—. El curso de la historia ha revelado que se trata, en efecto, de los criterios legitimadores de la coacción penal. Estos principios funcionan como límite a la coacción para así concretar la protección de la libertad individual en un marco de paz social[4]. El principio de legalidad, de entre esos principios legitimantes, se podría decir que ocupa un lugar especial en la historia del derecho penal; aún más, se trataría de uno de los principios más antiguos del derecho[5] en general.

Ahora bien, el principio de legalidad en cuestiones penales implica cuatro prohibiciones: i) la prohibición de cláusulas generales[6]; ii) la prohibición de aplicación analógica; iii) la prohibición de aplicación retroactiva de leyes posteriores a los he

3. YACOBUCCI (2002) p. 126.

4. ROXIN (1997) p. 137.

5. HALLEVY (2010) p. ix.

6. Las 'clasulas generales' son una de las principales dificultades que enfrenta la concretización del principio de legalidad penal. Porque, en efecto, "la proliferación de tipificaciones con límites difusos, con elementos valorativos etizantes, con referencias de ánimo, con omisiones u ocultamientos del verbo típico, etc., son otras formas de debilitar o cancelar la legalidad penal". ZAFFARONI (1998) p. 32.

chos que se imputan; iv) la prohibición de fundamentación de la condena en derecho diverso del que dimana de la ley en sentido formal —*p. e.*, costumbre—[7]. Si bien todas estas prohibiciones están íntimamente vinculadas entre sí y, por ende, no siempre son claramente distinguibles en el nivel o plano operativo-práctico —*p. e.*, la aplicación analógica del derecho bien podría implicar la aplicación de una ley retroactivamente creada mediante decisiones judiciales—, lo cierto es que este trabajo pondrá el foco de interés en la aplicación analógica del derecho.

De hecho, la prohibición de una aplicación analógica del derecho está francamente en tensión con la doctrina de la interpretación evolutiva o dinámica del derecho[8]. La pretensión de concebir a los tipos penales como un "árbol viviente capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales"[9] es algo que actualmente podrá tener mucho atractivo en materia constitucional[10], pero que resulta problemático para la dogmática penal. Esto último se revela, por ejemplo, en el apego a la interpretación literal que plantean algunos doctrinarios del derecho penal[11], lo que no escapa de aquello que —parafraseando libremente a Hart— podríamos llamar el 'noble sueño'; es decir, la loable pero ingenua creencia de que es posible resolver todos los casos posibles a partir de una dilucidación del tenor literal de las formulaciones normativas[12].

El abordaje de este problema no es sencillo porque un compromiso robusto con el principio de legalidad que rechace toda clase de interpretación dinámica por ser un mero ocultamiento de una aplicación analógica del derecho podría complicar la eficacia de ciertas normas penales. Y, del lado contrario, una pretensión concentrada unilateralmente en la eficacia podría volver en letra muerta a todas las garantías iusfundamentales que se desprenden del principio de legalidad. Estamos frente a una cuestión en la que cortar o, siquiera tocar, el cable de un modo incorrecto podría hacer volar por los aires a la aspiración de conciliar armónicamente a las garantías cons

7. BACIGALUPO (1999) p. 76.

8. Cabe aclarar que en el presente trabajo se utilizarán como expresiones sinónimicas tanto 'interpretación dinámica' como 'interpretación evolutiva'. Más adelante se explicará la razón por la que en este trabajo se han omitido otras terminologías similares. *INFRA*, 4.2. "Distinciones preliminares: la interpretación evolutiva o dinámica y la interpretación viviente".

9. *Edwards v. Attorney General of Canada* (1930) p. 136.

10. WALUCHOW (2007) p. 64.

11. DONNA (1996) p. 12; MIR PUIG (2006) p. 115.

12. La expresión 'noble sueño' en Hart se refiere puntualmente a la ingenua creencia de que los jueces no participan en modo alguno en el proceso de creación del derecho. Aquí 'noble sueño' se utiliza con meros efectos retóricos, ya que solo se pretende remarcar lo ingenuo que resulta la defensa de la interpretación literal, al igual que el célebre profesor inglés consideraba que la jurisprudencia mecánica era demasiado naíf. HART (1976) p. 980 y ss. En un sentido similar, Atienza plantea que el positivismo normativista describía al Derecho como una realidad dada de antemano, la cual tan solo aguardaría a ser (re)conocida por los juristas prácticos o teóricos. ATIENZA (2013) p. 107.

titucionales de la persona frente al *ius puniendi,* lo cual derivaría en una entera subordinación del principio de legalidad a la eficacia punitiva o, en su extremo opuesto, un compromiso con la legalidad que le da a la espalda a las consecuencias o resultados.

Las consideraciones sobre la vinculación entre las garantías constitucionales y la interpretación dinámica de la ley penal dependen, en buena medida, del sistema constitucional que se esté examinando. En tal sentido quisiera dejar en claro que el foco de esta investigación estará orientado a iluminar un sistema de control de constitucionalidad de tipo difuso como es el caso estadounidense o argentino. Sin perjuicio de que, *mutatis mutandi*, no poco de lo que aquí se examinará podría echar luz sobre la inaplicación de normas legales que hacen los jueces ordinarios en los casos en que estas resultan contrarias a la constitución, tal como acontece en sistemas de control de constitucionalidad de tipo mixto[13].

La estructura argumentativa de este artículo será la siguiente: i) se elaborará una explicación sobre el sentido constitucional del principio de legalidad penal; ii) se reconstruirá lo que significa una interpretación dinámica de las disposiciones jurídico-penales; iii) se determinará el grado de compatibilidad entre la interpretación dinámica de normas penales y el principio de legalidad; iv) se efectuará una serie de consideraciones para lograr identificar criterios que permitan distinguir una aplicación analógica del derecho penal de una interpretación dinámica de las disposiciones jurídico-penales. v) Se elaborará un balance crítico de los resultados de esta investigación. Finalmente, vi) se recapitularán las principales contribuciones de este trabajo en un apartado conclusivo.

2. El sentido del principio de legalidad: entre la eficacia del *ius puniendi* y una garantía constitucional frente a la aplicación arbitraria del derecho penal

El principio de legalidad es un punto de partida virtualmente incuestionable para toda reflexión que involucre al poder punitivo del Estado, pero que hoy parece estar en crisis[14]. De hecho, la flexibilización del principio de legalidad es uno de los malestares en que se revela la crisis general del derecho penal[15]. Esto se ha manifestado paradigmáticamente en la discutida y problemática sentencia 'Simón', en la que se formuló una declaración de inconstitucionalidad de las leyes argentinas de 'obediencia debida y punto final' (Ley Nacional 23.492/86), las cuales otorgaron una amnistía a los

13. Para una explicación básica o introductoria del control de constitucionalidad difuso: HIGHTON (2010) pp. 108-109. Para una caracterización del sistema de control de constitucionalidad mixto: BREWER–CARIAS (1995) p. 9.

14. ROSLER (2017) p. 67. En un sentido similar, SILVA SÁNCHEZ (2008) p. 206.

15. YACOBUCCI (2006) p. 1074.

agentes de las fuerzas militares que cometieron crímenes de lesa humanidad; excepto a sus máximos responsables[16].

Tal es la relevancia del principio de legalidad que la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha referido a él con estas palabras: "es una de las garantías más preciosas consagradas por la constitución la de que ningún habitante de la Nación pueda ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso"[17]. Con todo, tal como lo plantea Bacigalupo, su vigencia material es tan discutida como problemática fuera del plano discursivo[18]. Por ende, el desafío consiste en pasar del reconocimiento formal a la realización material del principio de legalidad. Dicho de otra manera, el principio de legalidad requiere más concreción práctica que alabanzas dogmáticas o de formulaciones normativas que fomenten su aplicación en sede judicial.

En cualquier caso, el sentido mismo del principio legalidad está íntimamente enlazado con la noción de seguridad jurídica, lo que depende de la fijación del contenido del derecho penal a través de una serie de disposiciones jurídicas escritas, ciertas, estrictas y previas al hecho que se juzga[19]. El aseguramiento de la libertad frente al poder coactivo del Estado, en último término, pende de la convicción arraigada en los ciudadanos de que estos no serán condenados arbitrariamente, sino en la estricta medida en que haya una sentencia basada en una ley previa que prohíbe la conducta imputada[20].

De hecho, el sistema constitucional argentino ha recogido el principio de legalidad en materia penal a través del artículo 18 de la Constitución Nacional, el cual dispone que "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa"[21]. Además, el texto cons

16. *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad* (2005). Para una visión crítica de la estrategia argumentativa desplegada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, ELIAS (2008) p. 632 y ss. Para una visión crítica tanto de la argumentación como del resultado interpretativo que procuró el caso 'Simón'; BADENI (2005) p. 639 y ss.

17. *Jensen, Carlos c/ Provincia de Mendoza* (1922).

18. BACIGALUPO (1999) p. 75.

19. Adicionalmente a lo dicho en términos de seguridad jurídica, Mir Puig también ha sostenido que el principio de legalidad es una garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido a penas que no haya aprobado el pueblo a través del Poder Legislativo. MIR PUIG (2006) p. 106. En un sentido similar, ZAFFARONI (1987), tomo I, p. 140. De hecho, la posibilidad de conocimiento previo de las conductas que serán reprochadas con el poder punitivo del estado es uno de los requisitos mínimos del *Rule of Law.* GALLANT (2009) p. 15; ALLEN (1990) p. 814.

20. BACIGALUPO (1999) p. 75.

21. Posteriormente, el artículo 18 de la Constitución de la Nación Argentina establece una serie de garantías procesales como la inviolabilidad del domicilio, la garantía del juez natural de la causa, la

titucional histórico de 1853-1860 fue complementado por la reforma del año 1994, que introdujo el artículo 75, inciso 22, el cual asignó jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos que recogen el principio de legalidad penal[22]. De manera tal que este principio no solo está incorporado en disposiciones constitucionales *strictu sensu,* sino que su margen de protección está complementado y maximizado por el llamado 'bloque de constitucionalidad'[23].

Ahora bien, una aplicación de las disposiciones jurídico-penales que reduzca el principio de legalidad a la interpretación literal de un texto o disposición normativa[24] se enfrenta a dos serios problemas: (i) las lagunas estáticas, que son el producto de la falta de univocidad del lenguaje jurídico, lo cual se manifiesta paradigmática, aunque no solamente, a través de los llamados conceptos jurídicos indeterminados[25]. (ii) Lagunas dinámicas, las cuales se presentan ante la aplicación concreta de una disposición jurídico-penal que resultaría problemática de acoplar con el bloque de constitucionalidad; o bien lagunas que nacen con el devenir del tiempo —*p. e.*, un concepto que incorpora el lenguaje del derecho quizá era unívoco en un tiempo, pero con el paso de los años está sujeto a ambigüedades o padece de cierta vaguedad—[26].

---

inviolabilidad de la correspondencia y la prohibición de establecer penas de muerte por crímenes políticos. Junto con lo anterior, Zaffaroni plantea que el principio de legalidad también se encuentra recogido en el artículo 1º —que establece la forma republicana de gobierno— y el artículo 19º de la Constitución de la Nación Argentina —el cual dispone que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados"—. ZAFFARONI (1987) tomo I, p. 132. En un sentido similar, GALLANT (2009) p. 18.

22. EDWARDS (1996) pp. 78-79. Más específicamente, las disposiciones jurídicas internacionales a las cuales se les ha atribuido rango constitucional que hacen referencia al principio de legalidad penal son: a) Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 11º, ap. 2; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 9º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 15º, ap. 1.

23. FUENTES CONTRERAS (2019) p. 32.

24. DONNA (1996) p. 12. Durante este trabajo emplearemos 'disposiciones jurídicas' como sinónimo de 'formulaciones normativas', por lo que seguiremos en este punto a Alonso, aunque como lo indica el citado autor, bien podría considerarse que tales formulaciones son el género, del cual se desprende una de sus especies: las disposiciones juridicas. Con todo, aquí resulta tolerable realizar tal asilimilación terminológica, puesto que no hablaremos sino de formulaciones normativas que se expresan a traves de disposiciones jurídicas, sin hacer referencia a otros ámbitos normativos —*v. gr.*, moral o religión—. ALONSO (2010) pp. 13-14.

25. LOMBARDI VALLAURI (1981) pp. 32-33. De hecho, la proliferación de los conceptos jurídicos indeterminados ha llegado a tal punto que eso ya no sosprende a ningún jurista. BACIGALUPO (2005) p. 326.

26. LOMBARDI VALLAURI (1981) pp. 36-39.

Así, parece que la aplicación del derecho penal ha de conciliar dos extremos; por un lado, la prohibición de una aplicación analógica de las normas jurídicas y, por el otro, un respeto celoso al principio de legalidad. Lo último resulta ser una cuestión especialmente delicada porque, al fin y al cabo, el advenimiento de regímenes totalitaristas como el nazismo se afincó en una dogmática penal fundada en dos puntos estrechamente interrelacionados: i) la eliminación de la prohibición de aplicación analógica de las normas penales y (ii) la atribución de culpabilidad al autor de un pretenso delito sobre la base de una referencia a conductas atípicas[27].

Situados en este contexto, lo que está en juego en el caso de la interpretación dinámica o evolutiva de los tipos penales es, a la vez, un problema de interpretación de disposiciones constitucionales. En concreto, ¿una interpretación dinámica de un tipo penal es una vulneración al principio de legalidad reconocido en el artículo 18 de la CN? La diferenciación o compartimentalización de las técnicas interpretativas penales resulta, a la postre, simplemente inviable en un Estado Constitucional de Derecho. En otras palabras, los efectos verticales de la constitucionalización del Derecho suponen el reto de armonizar la interpretación de normas penales con la interpretación constitucional.

En efecto, la interpretación dinámica no es más que una manifestación de la aplicación analógica del derecho. Ahora, si tal clase de analogías están proscritas por la dogmática penal debido al principio de legalidad, pues cabría entonces plantearnos si estamos en un campo gobernado por 'la mano muerta del pasado'. Esta metáfora refiere a que la generación actual no es la que decide cómo o de qué manera concretaremos las disposiciones constitucionales, sino que estamos frente al deber de hacer cumplir lo que decidieron quienes aprobaron y ratificaron aquellas disposiciones constitucionales que actualmente tenemos que interpretar para hacer frente a los retos de la hora presente[28].

La metáfora de 'la mano muerta del pasado' reviste un notable atractivo para el derecho penal y, muy especialmente, en lo que respecta a determinados aspectos del principio de legalidad[29]. Porque esto implicaría que los jueces han de ser fieles al Derecho, no importa el paso del tiempo y, por tanto, solo deben limitarse a aplicar tipos penales existentes. No solo no cabe lugar a ninguna creación pretoriana de delitos, sino que tampoco hay espacio para alguna clase de aplicación analógica de las dis

27. ZAFFARONI (1987) tomo II, p. 369; NINO (1980) p. 42. En un sentido similar, dejar de lado el mandato de determinación que implica el principio de legalidad es uno de los elementos centrales o estructurales del 'derecho penal del enemigo'. CANCIO MELIÁ (2003) pp. 88-89.

28. Para una visión crítica sobre lo que implica el problema de la 'mano muerta del pasado', RUBENFELD (1997) p. 1087 y ss. Para una defensa de la tesis de que todo Derecho, en cierto sentido, supone una imposición del pasado sobre el presente, ROSLER (2019) p. 73.

29. ROSLER (2019) p. 73.

posiciones penales. La noción de estar gobernados por la 'mano muerta del pasado' entonces parece estar alineada con el principio de legalidad, uno de los principios constitucionales más fundamentales o básicos del derecho penal para salvaguardar la libertad frente a la potestad punitiva del Estado.

No obstante, cabría plantearse si esa 'mano muerta del pasado' no deriva acaso en una aplicación o concepción tan estricta del principio de legalidad que imposibilitaría la eficacia de no pocas normas penales; especialmente, por ejemplo, aquellas disposiciones jurídicas que describen supuestos de hecho que mutan con el avance de las tecnologías —*p. e.*, delitos vinculados con el *grooming*, cuya materialización va transformándose al ritmo de los avances tecnológicos o aquellos en que el objeto sujeto a regulación jurídica evoluciona constantemente como, por ejemplo, los delitos vinculados con el tráfico de estupefacientes o lavado de activos—. En tales casos, ¿no se advierte una tensión entre la eficacia de las normas penales a lo largo del tiempo y una aplicación estricta del principio de legalidad?[30]

3. La prohibición de analogía en el derecho penal: implicaciones para la interpretación extensiva y la interpretación dinámica

El derecho penal, en cualquiera de sus ramas, constituye un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, el cual no admite, por la clase de objetos jurídicos de los que se ocupa, ningún tipo de integración, extensión o analogía tendiente a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley[31]. La proscripción de analogía no es más que una de las cuatro prohibiciones que se desprenden del principio de legalidad que recoge el art. 18 de la Constitución de la Nación Argentina, tal como se ha mencionado anteriormente[32].

La ciencia del derecho penal establecía que la prohibición de analogía en materia penal no ofrecía dificultades para su realización práctica, en tanto y en cuanto los tipos penales contenían supuestos de hecho referidos a un número exacto de casos[33]. Así se creía que se lograba la función garantizadora del derecho penal. Los albores del derecho penal moderno, en efecto, se esmeraban por sostener que la seguridad del ciudadano frente al poder punitivo del estado consistía en que el juez no podía hacer

30. Otros autores se han ocupado de examinar las implicancias de las vinculaciones entre el principio constitucional de legalidad en materia penal y el derecho internacional humanitario, especialmente aquel de origen consuetudinario. YACOBUCCI (2002) pp. 264-268.

31. *Rolfo, Domingo Americo S/ Inf ley 17.250* (1979).

32. Más específicamente: 1) prohibición de cláusulas generales ; 2) prohibición de aplicación analógica; 3) prohibición de aplicación retroactiva; 4) prohibición de fundamentación de la sentencia condenatoria en derecho que no provenga de la ley en sentido formal. *Supra 1.*

33. BACIGALUPO (1999) p. 77.

valoración alguna sobre el derecho que había de aplicar[34]. De esta manera, el respeto a la ley asumía una dirección formalista basada en la veneración por su estricta formulación lingüística; esto es, se exaltaba la literalidad de las disposiciones juridicas y, en cambio, no resultaba significativo el valor material que incorporase cada uno de los enunciados jurídicos[35].

El agotamiento de un paradigma o modelo formalista ha puesto de relieve a la dimensión material del derecho, lo cual en el principio de legalidad penal implica un reto a la comprensión del subprincipio de taxatividad o mandato de determinación. Esto último supone un doble aspecto. Por un lado, el principio de legalidad penal se dirige al poder legislativo a través de la prescripción de una exigencia de una *lex certa* y, por el otro, se dirige al juez, al prohibirle la aplicación analógica de esa *lex certa* e imponiendo, en consecuencia, la obligación ineludible de ceñirse a la *lex stricta*[36].

Situados en este contexto se puede apreciar que la interpretación extensiva, en efecto, se distingue del problema de la aplicación analógica de la ley penal[37]. La primera se trata de un método interpretativo que no se suele problematizar en términos de una aplicación analógica que vulnere el principio de legalidad. Ahora bien, esto subraya la importancia de distinguir entre una interpretación analógica y otra de tipo extensiva, ya que la segunda no sería problemática, mientras que la analogía sería inadmisible en términos de garantías constitucionales del derecho penal. Porque, una vez abandonada la otrora rígida concepción formalista y casuística, parecería que resulta difícil afirmar que las disposiciones jurídico-penales establecen un número cerrado y definitivo de casos[38].

De esta manera, la interpretación extensiva consistiría en establecer el máximo posible de casos que se desprenden de un tipo penal, pero siempre dentro del 'piso' semántico sobre las que se apoyan las formulaciones normativas, porque de lo contrario no sería interpretación en ningún sentido admisible[39]. Aún más, la jurisprudencia de la CSJN se ha ocupado de enfatizar que la interpretación de normas penales supone identificar la extensión o amplitud de los casos previstos por el legislador.

---

33. BACIGALUPO (1999) p. 77.

34. YACOBUCCI (2002) p. 241. En efecto, Beccaria planteaba que: "Nemmeno l'autorità d'interpetrare le leggi penali può risedere presso i giudici criminali per la stessa ragione che non sono legislator". BECCARIA (2017) [1764], cap. 4, "Interpetrazione delle leggi".

35. YACOBUCCI (2002) p. 242.

36. YACOBUCCI (2002) pp. 256-257; SILVA SÁNCHEZ (1992) p. 254; MIR PUIG (2006) p. 107; MIR PUIG (1994) p. 127; ROXIN (1997) p. 170.

37. JIMÉNEZ DE ASÚA (1958) p. 122.

38. BACIGALUPO (1999) p. 77. En un sentido similar, JESCHECK (2002) p. 137.

39. *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad* (2005), voto del Dr. Zaffaroni, consid. nº 24. En un sentido similar, ZAMBRANO (2009a) p. 79.

Se podría, pues, afirmar que la frontera entre el principio de taxatividad o mandato de determinación, fuera de un modelo de aplicación del derecho de corte formalista, exige precisar el rango de casos que están contenidos en los tipos penales, ya que solo dentro de ese rango se estaría aplicando tales normas penales de conformidad al principio constitucional de legalidad. Con otras palabras, solo estamos interpretando —y no creando— el derecho penal si estamos "atados" en alguna medida por el lenguaje por el cual se expresan las disposiciones jurídicas.

No obstante, esa pretensión de identificar la extensión de los casos previstos por la ley no resulta una tarea sencilla porque para ello no basta con realizar una interpretación literal. En efecto, se torna imperioso determinar la 'inteligencia exacta de la ley' cuando su letra ha expresado solo de manera incompleta o, más aún: incorrecta, la voluntad legislativa[40]. De hecho, la delimitación de la cantidad de casos previstos por la ley tampoco cabe realizarse a través de una mera interpretación literal de las disposiciones jurídico-penales, ya que ello podría derivar en no pocos absurdos que resultarían inaceptables para el legislador[41]. Por ejemplo, el caso de un conductor que, a los lejos advierte la presencia policial y que luego decide ceder el manejo del auto a su compañero. El primer conductor rechaza un examen de alcoholemia bajo el argumento de que no estaba incumpliendo la ley, ya que esta disponía que solo a "toda persona que estuviera manejando o intentando manejar" se puede requerir una prueba de alcoholemia[42].

Ahora bien, si no cabe lugar para una *mera* —por favor, téngase muy presente el destacado en 'mera'— interpretación literal, ¿cuál es la noción que regula los límites de aquello que está proscrito por la prohibición de analogía? La respuesta que propone la CSJN es conciliar la prohibición de analogía con una dimensión finalista o teleológica inherente a toda interpretación jurídica, incluso en el supuesto de disposiciones jurídico-penales[43]. De esta manera, la CSJN entendió que no se advertía un caso de analogía en el supuesto en que un acusado había perturbado la tenencia de un inmueble alquilado por la víctima, a pesar de que el tipo penal solo describía como elemento típico del delito de usurpación a quien turbase la posesión de un bien inmueble.

40. *Relojerías Fernández S.C.A. s/ apelación clausura* (1997a), consid. nº 6. En un sentido similar, Silva Sánchez plantea que el quid de la interpretación de la ley penal no es establecer la *verborum ratio*, sino la *ratio legis* de la formulación normativa en cuestión. SILVA SÁNCHEZ (2006) p. 382.

41. *Lambruschi, Pedro Jorge s/ ley 23.771* (1997b), consid. nº 6. Para una explicación sobre el rechazo de la interpretación literal por su incapacidad para evitar resultados absurdos, GOLDSWORTHY (1994) p. 158 y ss; GOLDSWORTHY (2011) p. 14; GOLDSWORTHY (2005) p. 498 y ss.

42. Para este y otros ejemplos más en lo que efectivamente ha incurrido la interpretación literal en el sistema jurídico del *commonwealth*, GOLDSWORTHY (2005) pp. 496-497.

43. *Godoy, Roberto Carlos s/ ley 11.683* (1993), consid. nº 7.

El caso reseñado permite apreciar que una interpretación literal hubiera devenido en la calificación de la acción juzgada como atípica, pero la incorporación del elemento finalista permite extender el supuesto de hecho a casos no expresamente previstos por la disposición-jurídico penal, sin que ello implique cercenar el principio de legalidad a través de una indebida aplicación analógica del delito de usurpación[44]. Con todo, tal como aclara la CSJN, esta incorporación de elementos finalistas o teleológicos se ha de mantener dentro de criterios restrictivos[45]. Parafraseando a Bobbio, se podría afirmar que este razonamiento no es aceptable o razonable porque es justo, sino que es justo porque es razonable[46].

Ahora bien, el punto que parece subrayar la CSJN es que la operación por la cual se extienden los casos penales más allá de la letra de la ley debe realizarse con sumo cuidado y, me permito agregar, procurando conciliar la eficacia de la ley penal con el resto de las garantías constitucionales y con la sistemática misma del derecho penal. Dicho de otra manera, lo que la CSJN sugiere es que la 'búsqueda de la inteligencia exacta de la ley' no debe realizarse a la ligera al punto de cercenar otros derechos fundamentales de la persona frente al ejercicio de la potestad punitiva en manos del estado.

4. La interpretación dinámica del principio de legalidad: entre la adaptabilidad a las circunstancias y la fidelidad a lo dispuesto por la ley penal

4.1. Distinciones preliminares: la interpretación evolutiva o dinámica y la interpretación viviente

El principio de legalidad suele presentarse bajo tensión en lo que respecta a la aplicación dinámica de los tipos penales[47]. Por ejemplo, en el momento en que eclosionó el tráfico de las comunicaciones electrónicas, pero cuando el texto del Código Penal todavía se limitaba a penalizar solo a quien accediera indebidamente a las comunicaciones y papeles privados de una persona, no faltó quien declarase que el apoderamiento ilegitimo de correos electrónicos resultaba ser una conducta atípica[48]. El

44. Sobre este punto volveremos más adelante, en el apartado 5 de este mismo trabajo.

45. *Godoy, Roberto Carlos s/ ley 11.683* (1993), consid. nº 7.

46. BOBBIO (2004) p. 259.

47. Jakobs plantea que es posible reconciliar la continuidad de la evolución conceptual con la aplicación no analógica de la ley penal. La propuesta del citado autor, en efecto, trata de erradicar ciertos resultados absurdos y, por ende, valoraciones arbitrarias a las que se arribaría si se rechazara necesariamente toda posibilidad de evoluciuón conceptual. JAKOBS (1997) p. 105. Con todo, resulta llamativo que el citado autor no precisa o ejemplifica a qué se refiere por medio de la expresión 'resultados absurdos'.

48. *Lanata, Jorge S/ desestimación* (1999a).

tribunal que resolvió la apelación en tal caso decidió que el avance tecnológico —ya en el año 1999— parecía haber dejado en una zona de "obsolescencia al bien jurídico que tutela el Capítulo III, Título V del Código Penal, en especial a los artículos que se ocupan de la protección de los papeles privados y la correspondencia"[49].

El caso mencionado anteriormente, ¿se trata de un ejemplo de interpretación analógica o una interpretación dinámica que se orienta directamente a concretar el *ius puniendi* frente a los cambios en las circunstancias de aplicación del delito de violación de la correspondencia? La respuesta, al modo de ver de quien escribe la presente investigación, exige precisar el concepto de interpretación dinámica o evolutiva del derecho. De hecho, se trata de una cuestión relevante porque existe cierta imprecisión conceptual sobre el alcance de lo que significa una interpretación dinámica o evolutiva de las normas.

Frente a la anterior dificultad cabe precisar que la noción de interpretación dinámica o evolutiva en materia constitucional podría resultar también admisible en el campo de la dogmática y práctica del derecho penal y, en cambio, la interpretación viviente sería altamente problemática[50]. En efecto, la primera refiere a que la constitución ha de complementar a las formulaciones normativas, tradición y prácticas con las aspiraciones, valores, ideales y realidades actuales, pero sin negar la centralidad de las disposiciones jurídicas[51]. De esta manera, no estamos frente a un dilema entre aplicar un texto normativo o las convenciones semánticas a las que este refiere, sino en un contexto en que se articulan valores y aspiraciones actuales con el fin de clarificar el significado de una disposición jurídica.

Se trata de lograr atender a las creencias sociales predominantes, pero también se pretende rechazar el extremo de que estas sustituyan a las disposiciones jurídicas como limitación de la actuación gubernamental[52]. Así, la incorporación de los empleados de empresas de telefonía celular al campo semántico de los agravantes del

49. *Lanata, Jorge S/ desestimación* (1999b).

50. SAGÜÉS (2016) p. 38. Otros autores, en cambio, han utilizado categorizaciones similares, solo que a lo que Sagüés designa como 'interpretación viviente' Moore, por ejemplo, le llama 'interpretación viviente sustitutiva', MOORE (1989) p. 115. La distinción parece ser terminológica y no propiamente conceptual, pero vale la pena realizarla porque lo que Sagüés distingue como interpretación dinámica o evolutiva no pocas veces se engloba dentro de lo que se ha llamado 'constitucionalismo viviente' en la tradición norteamericana, tanto estadounidense como canadiense. Para un desarrollo de esta categorización: LAISE (2019) p. 228. Con todo, un punto que podría justificar a la terminología de Sagüés es que lo opuesto a una constitución *viviente* sería una constitución *muerta*, lo cual no podría ser apoyado, salvo por un necrófilo, tal como Rehnquist insinúa sarcásticamente. REHNQUIST (1976) p. 693.

51. En un sentido similar, GREY (1974) p. 709; KAVANAGH (2003) p. 87; LESSIG (1994) pp. 396-397; WALUCHOW (2005) p. 222.

52. SAGÜÉS (2016) p. 38.

delito de violación de correspondencia por la calidad especial de los sujetos activos no implicaría una sustitución de la formulación normativa —Art. 154 del Código Penal—, sino tan solo un complemento. En tal ejemplo no se ha procedido en modo alguno a reemplazar la citada disposición jurídica por una que se estima como más justa, basada en una creencia generalizada o compartida.

La interpretación dinámica tan solo estaría adicionando un caso al supuesto de hecho para que la disposición jurídica no se vuelva mayor o principalmente obsoleta en virtud del paso del tiempo[53]. Porque, en efecto, las comunicaciones privadas no se canalizan sino excepcionalmente a través de medios postales o telegráficos. Dicho de otra manera, hoy parece ser que las comunicaciones postales son la excepción y no la regla; salvo en lo que respecta a notificaciones fehacientes que se cursan en el marco de procesos extrajudiciales o en lo que incumbe al envío de paquetería. En consecuencia, limitar el supuesto de hecho al caso expresamente previsto en la formulación normativa implicaría aniquilar una parte sustancial de la pretensión normativa de esa disposición jurídica.

La interpretación viviente, como la ha nombrado Sagüés, o más precisamente: interpretación evolutiva sustitutiva, presenta otras dificultades que, si bien son muy apremiantes para el derecho constitucional, resultan de suma relevancia para la vigencia material de la legalidad penal. En efecto, la interpretación viviente conllevaría la entera sustitución del texto normativo por las aspiraciones y valores morales contemporáneos, tal como lo ha planteado Moore[54]. Esto supondría la trágica consecuencia de que ya no sería la constitución la ley suprema del Estado, sino que estaríamos gobernados, en último término, por las aspiraciones y valores morales a los que remiten las disposiciones constitucionales[55].

Así, una interpretación viviente haría colapsar a la noción misma de supremacía constitucional, de igual modo se vería cercenado el núcleo mínimo del principio de legalidad penal. El propósito mismo de plantear una ley escrita, previa a la comisión de un delito, que permita a los ciudadanos ajustar su propia conducta en un determinado sentido, se vería enteramente comprometido si las aspiraciones y valores morales fueran las que prevalecen necesariamente frente a lo establecido en disposiciones jurídico-penales preexistentes. Se podría, en efecto, afirmar que ya no sería la ley penal la que dispone una sanción a determinadas conductas, sino la voluntad o el sentir popular. Si así fuera estaríamos demasiado cerca de que la interpretación del contenido de la costumbre sería la que fijaría los tipos penales o sus respectivas consecuencias jurídicas, sin ninguna clase de ley formal.

53. CREUS (1999). En un sentido similar, BADENI (2006) Tomo I, pp. 116-117.

54. MOORE (1989) p. 115.

55. LAISE (2019) p. 229.

Si lo último fuera la regla general, estaríamos negando que el propio sistema jurídico, pero más especialmente el derecho penal sustantivo, resulte capaz de ejercer autoridad sobre sus intérpretes actuales o, lo que es igual, que las generaciones anteriores no pueden constreñir de ningún modo a las conductas de las posteriores[56]. Si esto realmente fuera así, el *ius puniendi* no se derivaría de disposiciones jurídicas que se dictan de acuerdo con los procedimientos legislativos establecidos al efecto, sino el pueblo mismo sería quien especificaría qué conductas resultan delictivas y cuáles no, sin mediación alguna de las instituciones que establecen el derecho positivo que rige en el Estado[57].

La aplicación de penas se realizaría por medio de una remisión pura y directa a difusos estándares morales. Estaríamos, pues, en un contexto en que el derecho penal ya no solo estaría conectado excesivamente a la moral, lo cual sería problemático para la legitimación misma del derecho penal[58]. Más aún, la interpretación viviente disolvería por completo al ejercicio del poder punitivo en el torrente de la moral social. Esto no resulta un mero supuesto hipotético, sino que el nervio mismo de las condenas que imponía el derecho penal de la era nazi se afincaba en una reinterpretación de las disposiciones jurídico-penales, lo que se basaba en sus actividades y actitudes morales de los jueces como miembros del *volk*[59].

4.2. El problema de la caracterización metodológica de la interpretación dinámica de leyes penales

Una vez que se ha rechazado a la interpretación viviente, cabría preguntarse *cómo* interpretar una norma penal de acuerdo con la metodología que propone la interpretación dinámica complementaria. Esto es una cuestión retadora porque es frecuente que las distintas teorías de la interpretación jurídica defiendan tal o cual método interpretativo sobre la base de un cierto concepto de autoridad del Derecho. Lo dicho anteriormente resulta entendible porque toda práctica interpretativa asume, implícita o explícitamente, alguna causa que explica y justifica porque el intérprete ha de dejarse guiar u orientar por una determinada formulación normativa[60].

56. ROSLER (2018) p. 20.

57. A mi modo de ver, cuando el artículo 22º de la Constitución de la Nación Argentina establece que "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta constitución" se estaría haciendo referencia, entre otras cosas, a la necesaria aplicación de sanciones coactivas a partir de una decisión judicial, la cual se ha de basar en formulaciones normativas preexistentes.

58. Se ha planteado que el derecho penal tiene por función no castigar cualquier clase de inmoralidad, sino aquellas que afecten significativamente a bienes jurídicos, ZAFFARONI (1987) tomo I, p. 36.

59. MÜLLER (1987) p. 103.

60. MCCONNELL (1997) p. 1128.

Sin embargo, ¿cuál es la razón que justifica la autoridad de formulaciones normativas, muy especialmente, de aquellas que reconocen derechos fundamentales? Pues los presupuestos morales y políticos que son protegidos y reconocidos por la disposición jurídica que se ha de interpretar[61]. En el caso del principio de legalidad cabe preguntarnos cuáles son tales contenidos morales y políticos que son tutelados por el ordenamiento jurídico. A lo que cabría responder que de lo que se trata, en primer lugar, es de garantizar a cada habitante de la Nación que no será perseguido por cualquier clase de descripción de conductas delictivas, sino solo en tanto y en cuanto exista una ley previa directamente orientada a proteger un bien jurídico. Y, en el plano político, se trata de asegurar que la descripción de los supuestos de hechos contenidos en tipos penales y sus correlativas penas solo pueden ser establecidas por una ley formal del Congreso de la Nación[62].

Ahora bien, lo dicho hasta el momento nos indica una serie de razones que podrían justificar a la práctica interpretativa, pero nada nos dice sobre cómo operacionalizarla; menos aún cómo llevar adelante una interpretación evolutiva de normas jurídico-penales. Dicho de otro modo, la cuestión sobre la autoridad del derecho nos esclarece *por qué* hemos de optar por tal o cual método interpretativo, pero nada nos insinúa sobre *cómo* llevarlo a cabo[63]. Más aún, las defensas de los métodos interpretativos se suelen concentrar unilateralmente en las ventajas o superioridades de un método, pero sin proporcionar una determinada caracterización metodológica[64].

De esta manera, persiste la pregunta que atañe a este trabajo, la cual suele ser generalmente omitida por los juristas —ya sea por dogmáticos, teóricos o filósofos del derecho— que podríamos sintetizar del siguiente modo: ¿*cómo* interpretar normas jurídicas según un método dinámico o evolutivo[65]? Y, más en concreto, ¿cómo interpretar dinámicamente normas jurídico-penales? En los próximos subapartados se procurará brindar una respuesta a la antedicha pregunta.

5. Algunas precisiones metodológicas: la cuestión sobre *cómo* interpretar dinámicamente a las normas penales

Las directivas que a continuación se presentan se desglosan con el fin de presentarlas de un modo sistemático y didáctico. Sin embargo, cada una de ellas resultan ser secuencias o pasos metodológicos encadenados unos con otros para con ello formar un

61. MCCONNELL (1997) p. 1128.

62. JESCHECK (2002) p. 137. *Opinión Consultiva* OC-6/86, parr. 22 y ss.

63. LAISE (2017) p. 247.

64. MOORE (2000) p. 298.

65. Entre las excepciones cabría mencionar: LAISE (2018) y LAISE (2019).

andamiaje que ha de desplegarse armónicamente. Resulta conveniente no desconectar a estas directivas de la totalidad a la que pertenecen porque se podría desvirtuar su sentido. Por ejemplo, la identificación de tendencias jurisprudenciales y doctrinarias se ve limitada por el horizonte de sentido de la práctica interpretativa en materia penal. Se trata, en efecto, de cuatro pilares íntimamente enlazados; de hecho, separar a uno del otro implicaría desnaturalizar la propuesta que a continuación se presentará.

5.1. Primera directiva interpretativa: reconocer el horizonte de sentido o finalidad de la práctica interpretativa del derecho penal

Esta directiva interpretativa pretende subrayar o enfatizar que la práctica interpretativa —en general— y la práctica interpretativa en materia penal —en particular— se dirigen a desarrollar[66] o, como dice la dogmática constitucionalista alemana, a *concretar*[67] las garantías constitucionales que configuran al derecho penal. Y, en lo que respecta a este trabajo, lo más relevante consiste en comprender que el principio de legalidad ni es la 'carta magna del delincuente', como sugería provocativamente Von Liszt[68]; como tampoco ese principio posee un sentido formal que depende *meramente* del aseguramiento de la eficacia de las pretensiones punitivas del Estado[69]. El principio de legalidad, en efecto, se dirige a alcanzar eficacia en la lucha contra la criminalidad, pero —a la vez— pone en el centro a la protección de la persona humana, con el fin de evitar que esta se halle sujeta a los vaivenes de la política criminal y/o de la aplicación arbitraria de la ley penal[70].

Ahora bien, el sentido global o general de la práctica interpretativa jurídico-penal consiste en articular una dosis de significativa eficacia del *ius puniendi*¸ pero siempre bajo el respeto a los derechos y garantías de las personas involucradas en el proceso penal; sea el caso de los acusados o de las víctimas. Con todo, persiste la necesidad de especificar el fin de la norma. Lo cual nos lleva a una pregunta fundamental, ¿los fines de una norma se reducen a lo que el legislador pretendió significar al momento de adoptar una disposición jurídico-penal? ¿O existe una cierta autonomía semántica por la que la formulación normativa posee un significado que no depende enteramente del legislador histórico?[71]

66. RABBI-BALDI CABANILLAS (2020) pp. 286 y ss.

67. HESSE (1992) p. 15. En un sentido similar, se ha planteado que los principios tienen la función de "transparentar las razones o motivos que justifican o pretenden justificar a los preceptos que mandan realizar una determinada conducta favorece a que el derecho logre los fines que se propone o persigue". ETCHEVERRY (2020) p. 24.

68. VON LISZT (1970) p. 80.

69. PERISTERIDOU (2015) p. 136.

70. PERISTERIDOU (2015) p. 137.

71. SILVA SÁNCHEZ (2006) p. 373; MOORE (2000) p. 2092.

La respuesta a estos interrogantes consiste en que las formulaciones normativas tienen un significado que no está del todo sujeto a la voluntad del legislador histórico. Lo que nos plantea un problema adicional, ¿cómo se conoce la finalidad de las disposiciones jurídicas si esta trasciende a lo que el legislador pretendió significar? Al respecto, como plantea Silva Sánchez, cabe responder que la finalidad de la norma se interpreta a la luz de una cierta concepción de la racionalidad del derecho —en general— y del derecho penal —en particular—[72].

Así, las finalidades que busca una particular disposición jurídica no son sino las consecuencias fácticas y normativas que se seguirían en caso de que se le atribuyese un determinado sentido a la disposición jurídica bajo interpretación. El punto consiste en "hallar el Derecho con la ayuda de modelos de orden, que no son comprensibles como mandatos, sino como encargos de actualización de un fin normativo, sobre todo de un fin normativo que puede estar previamente vinculado e incluido en un sinnúmero de otras referencias regulativas actuales"[73].

Esto, a su vez, pone de relieve que la interpretación finalista ha de engarzarse con una lectura sistemática del ordenamiento jurídico. En efecto, ¿tales consecuencias normativas y fácticas son coherentes y consistentes con los fines globales de la práctica del derecho penal? A lo que cabría responder que la tarea de determinar el sentido finalista a una norma jurídico-penal no es posible sino a la luz de una particular teoría —en sentido amplio—[74].

De hecho, la elucidación de los fines de una norma penal es una tarea racional, pero en tanto y en cuanto se apoye en un marco teórico determinado, lo cual implica asumir los postulados básicos de alguna clase de política criminal[75]. Por ejemplo, en la medida en que estemos frente a una política criminal que asume una teoría unitiva de la pena; es decir, una concepción de la pena que tanto apunta a la prevención general —en un plano general y abstracto— como, a la vez, a la resocialización del reo en lo que respecta a la aplicación concreta de las disposiciones jurídico-penales, el fin de la pena de delitos contra la administración pública podría ser la resocialización del condenado y, al tiempo, la disuasión general respecto a quienes podrían llegar a cometer tales crímenes[76]. En cambio, una visión centrada unilateralmente en la prevención general de esos delitos podría admitir el establecimiento legal de penas que superen

72. SILVA SÁNCHEZ (2006) p. 208; COTTA (1991) p. 10.

73. ESSER (1986) p. 46.

74. SILVA SÁNCHEZ (2006) p. 376.

75. SILVA SÁNCHEZ (2006) p. 376.

76. BACIGALUPO (1997) pp. 14-15.

con creces al tiempo necesario para la resocialización del reo, siempre y cuando se advierta evidencia empírica que sustente tal decisión de política criminal[77].

Eso nos lleva a que esa racionalidad del derecho penal asume necesariamente un punto de partida; esto es, un propósito fundamental que se encuentra sintéticamente condensado en el sentido que le hemos atribuido al principio de legalidad; esto es, conciliar la eficacia de la potestad punitiva con la protección de la persona humana implicada en el delito; ya sea en su calidad víctima o acusado[78]. En este orden de ideas no hay posibilidad alguna de asumir justificadamente un resultado de la interpretación finalista que sea inconsistente con el principio de legalidad. Sin embargo, esto no es suficiente en clave metodológica. La interpretación finalista tan solo provee de una hipótesis inicial que deberá someterse al escrutinio de una interpretación sistemática.

Ahora bien, aquella finalidad que le cabe atribuir una determinada norma ¿traerá mayor incertidumbre al sistema jurídico? ¿Resulta esto coherente y consistente con el sistema jurídico? ¿El resultado final colapsa o refuerza la distinción entre derecho y moral? Son estas las consideraciones básicas sobre la que se estructura la interpretación sistemática que ha de seguir a una interpretación finalista de la ley penal. Veamos.

5.2 Segunda directiva interpretativa: reconocer a los actores institucionales encargados de materializar las aspiraciones incorporadas en la constitución

Una vez establecido cómo se detectan las tendencias jurisprudenciales y doctrinarias resulta interesante señalar que, de acuerdo con los defensores de la interpretación evolutiva, los operadores jurídicos —especialmente los jueces que practican el control de constitucionalidad— no se limitan a seguir el cauce de la historia. Por el contrario, la práctica interpretativa ha de consagrar estándares o principios a los que las personas sujetas a esa constitución han de aspirar[79]. En otras palabras, la práctica interpretativa no sigue el curso de la historia, sino que ésta es modelada por la interpretación de los derechos fundamentales.

77. Supongamos, por ejemplo, que se demuestre con sólida evidencia de sociología del crimen que los delitos contra la administración pública se reducen en un 25% (promedio) en los países de la región que establecieron la imprescriptibilidad de tales crimenes y, a su vez, penas comparables a la de delitos violentos como robo a mano armado u homicidio.

78. ESSER (1961) p. 34.

79. MILLER (1970) p. 240.

Lo último plantea un interrogante de suma relevancia, ¿quién es el actor institucional encargado de consagrar tales aspiraciones? ¿Son los intérpretes judiciales o es el poder legislativo el que establece los contornos de los hechos delictivos y de las penas? La pregunta, en realidad, esconde una suerte de falso dilema. Es preciso aclarar que los jueces amplifican la voz de la comunidad[80], lo cual se expresa a través de las leyes, por lo que no cabe que los jueces repliquen sus propios pareceres u opiniones a través de su labor jurisdiccional. La función judicial, en efecto, practica la interpretación jurídica para buscar concretar el significado de las disposiciones iusfundamentales en los casos sometidos a su jurisdicción[81].

Siguiendo este orden de ideas, Miller advierte que la razón por la que la Constitución de los Estados Unidos de América ha durado tanto —el texto constitucional más antiguo entre aquellos que actualmente siguen vigentes— radica en la adaptación del tal documento normativo a los problemas de cada época que ha realizado la Corte Suprema[82]. Aún más, la causa que explica la perdurabilidad del texto constitucional estadounidense consiste en que la Corte Suprema de Justicia opera de una manera cuasi religiosa. Con todo, se ha de aclarar que no me estoy refiriendo a cuestiones de índole confesional o dogmáticas en materia de creencias sobrenaturales. Se trata esto de una metáfora. Permítaseme explicarla.

El punto que se pretende ilustrar es que, si se asume que la constitución hace las veces del texto sagrado de la religión civil de un Estado[83], pues entonces —prosigue Levinson con una buena dosis de ironía— cabe trazar una analogía entre el orden constitucional y la tradición religiosa cristiana: la constitución le habría confiado la llave del "reino de los cielos" a la Corte Suprema de Justicia[84]. En consecuencia, lo que ate la Corte Suprema a la constitución resultará parte de ella y lo que desate, pues, no lo será.

80. BRENNAN (1985) p. 434.

81. HESSE (1992) p. 15.

82. MILLER (1970) p. 243; MILLER (1962a) pp. 641-642.

83. GREY (1988) p. 223.

84. LEVINSON (2003) p. 124. Además, la metáfora religiosa, como Perry lo ha señalado, pretende remarcar que la interpretación constitucional se asemeja más a la interpretación de textos sagrados que a la interpretación literaria. Porque lo que está en juego es interpretar el significado de formulaciones normativas que tienen alguna clase de autoridad sobre cómo hemos de llevar adelante nuestras acciones y decisiones. No se trata meramente de dilucidar lo que pretendió significar un determinado autor de una obra, tal como se hace en la interpretación literaria. PERRY (1985) p. 562. Para una detallada explicación de las diferencias entre la interpretación de un texto sagrado y la de un texto constitucional, GREY (1984) pp. 15-17.

La metáfora que propone Miller pretende significar que la constitución es un objeto de deferencia y adoración para el pueblo[85] —tal como lo eran las tablas de ley mosaica para el pueblo judío— y, en la misma medida, los jueces que practican el control de constitucionalidad hacen las veces de predicadores de ese mensaje cuasi-divino expresado por el texto constitucional[86]. La hipérbole religiosa lo que subraya no es la deseabilidad de una aplicación del Derecho basada en argumentos confesionales, sino la centralidad del intérprete para que las aspiraciones y valores morales contenidos en las disposiciones jurídicas se concreticen a lo largo del devenir de la historia en un determinado pueblo.

Así, la concreción que se pretenda realizar del principio de legalidad penal en la práctica interpretativa no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para proteger al ciudadano por medio de una aplicación democrática de disposiciones jurídico-penales; ya que tales formulaciones normativas fueron establecidas por los mecanismos y procedimientos institucionales establecidos a tal efecto. Y, además, se pretende limitar el poder punitivo del Estado, el cual solo ha de reprochar conductas que fueron establecidas con antelación, pero no de cualquier modo, sino a través de determinados procedimientos formales para la creación de normas generales y abstractas. De hecho, como lo plantea Hassemer, el derecho penal no es sino un tipo de control social formalizado, lo cual permite vigilarlo, criticarlo y, en su caso, corregirlo[87].

Recapitulando, la metáfora religiosa que propone Miller no tiene ninguna clase de pretensión espiritual. Antes bien, el citado autor se ocupa de remarcar la importancia del rol institucional de los tribunales —en general— y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en particular— como indicador de las líneas jurisprudenciales y doctrinarias que reflejan la evolución de los derechos. Aún más, ese tribunal ejerce el rol de guardián de la conciencia moral de la comunidad; esto es, la Corte sería capaz de articular el sentido último que anima a las disposiciones que integran la constitución y, por ende, incluso tiene el deber de trascender los consensos actualmente presentes en la sociedad[88].

85. MILLER (1965) p. 391.

86. MILLER (1970) p. 236.

87. HASSEMER (1989) p. 118.

88. MILLER (1970) p. 236.

5.3. Tercera directiva interpretativa: identificar las tendencias jurisprudenciales y doctrinarias

La interpretación evolutiva de disposiciones jurídico-penales, en efecto, requiere más de un análisis de tendencias que una rígida concepción de principios estáticos[89]. Esto supone que las prácticas interpretativas han de guiarse por el estudio de convergencias históricas sobre las explicaciones doctrinarias y jurisprudenciales acerca de lo que significan las disposiciones constitucionales que atañen al derecho penal, junto con la evaluación crítica del contexto en el que el poder punitivo se desarrolla y evoluciona[90].

Así, las disposiciones jurídicas, muy especialmente aquellas que reconocen garantías constitucionales, no serían un documento estático sino, como lo ilustra gráficamente la jurisprudencia canadiense, un "árbol viviente capaz de crecer y expandirse dentro de sus límites naturales"[91]. Esto se explicaría en virtud de que el lenguaje constitucional, "no es un cristal transparente e inmutable, sino la piel de un pensamiento viviente que puede variar significativamente de color y contenido, de acuerdo con las circunstancias y la época en que es utilizado", tal como la planteaba Holmes[92]. Dicho en otras palabras, la interpretación evolutiva supone acomodar las disposiciones jurídicas a las circunstancias específicas de la hora presente.

De esta manera, las disposiciones jurídico-penales terminarían siendo un instrumento que se desarrolla y adapta a las nuevas circunstancias contemporáneas y a la mutación de las creencias normativas, siempre dentro de los contornos propios de su función institucional; esto es, limitar el campo de acción del gobierno y de los particulares[93]. En efecto, la interpretación constitucional del principio legalidad se ha de ordenar directamente a concretizar los principios configuradores del propio derecho penal; esto es; el bien común político y el reconocimiento de la dignidad de la persona humana[94].

Ahora, ¿cómo se detectan esas tendencias? Pues, en primer lugar, a través de una observación de la jurisprudencia de los órganos encargados de interpretar los derechos fundamentales implicados en la aplicación de normas penales. Más específicamente, se ha de procurar localizar e identificar un punto de arranque en algún

89. MILLER (1970) p. 235; MILLER (1962b) p. 890.

90. Esto se inspira en: MILLER (1970) p. 236.

91. *Edwards v. Attorney General of Canada* (1930) p. 136.

92. *Towne v. Eisner, Collector of United States Internal Revenue for the Third District of the State of New York* (1918) p. 425, voto en disidencia del *justice* Holmes [la traducción es del autor de este trabajo]. En un sentido similar, BRENNAN (1985) p. 438.

93. WALUCHOW (2007) p. 884.

94. YACOBUCCI (2002) pp. 175-228.

momento de la historia reciente, junto con una delimitación de lo que ha venido ocurriendo en el presente, para así elaborar una extrapolación de lo que sucederá en el futuro[95]. Se trata, en efecto, de una reconstrucción de la aplicación que se ha venido haciendo de las normas penales para con ello inferir cuál es la solución más verosímil que se habrá de adoptar por la práctica jurídico-penal.

Estas tendencias no son sino las expectativas depositadas en un futuro, el cual se construye a partir de una herencia legada por el pasado reciente. Esto implica un tipo de práctica de la historiografía, basada en un concepto reflexivo de "historia", que pretende explicar, justificar y legitimar los resultados interpretativos a partir de un ensamblaje o articulación entre el futuro y el pasado para afrontar los retos de la hora presente[96]. Estas tendencias históricas se reconocen a través de la historia que vincula experiencias concretas y expectativas particulares[97]. Dicho de otra manera, casi parafraseando a Holmes, conocer la extensión de las disposiciones jurídicas supone un estudio concienzudo de la historia[98].

Miller profundiza lo dicho anteriormente y subraya que este análisis de tendencias ha de realizarse atendiendo a la organización material del funcionamiento de las ramas del gobierno y a la vinculación de esto con la efectiva vigencia de los derechos fundamentales[99]. Así, el examen de las tendencias hace referencia, por un lado, a una serie de derechos individuales frente a los excesos en que pudiera incurrir el ejercicio del gobierno del Estado y, por el otro, designa un proceso de igualamiento de los individuos entre sí[100]. Es menester remarcar una conexión entre la evolución de los derechos de los individuos y la visión del gobierno de la hora presente, ya que de lo contrario se podría arribar a resultados paradójicos o contradictorios, como bien advierte Miller.

Siguiendo tal orden de ideas, por ejemplo, la tendencia actual parece ser partidaria de un gobierno que interviene cada vez más en la sociedad y en la economía para posibilitar que un mayor número de personas goce de mayores niveles de autonomía personal[101]. La expansión de la regulación estatal se explica a partir de un elevado nivel de expectativa de satisfacción en lo que respecta a elenco de derechos individuales. De hecho, pareciera ser un lugar común que aumenta el catálogo de derechos

95. MILLER (1962b) p. 891; MILLER (1970) p. 237.

96. MILLER (1970) p. 237; KOSELLECK (2010) p. 109. En efecto, aquí se asume un concepto de historiografía que comprende a la llamada 'historia reciente', para un mayor desarrollo: ARÓSTEGUI (2004) p. 19 y ss.

97. KOSELLECK (2004) p. 258.

98. HOLMES (1896) p. 469.

99. MILLER (1989) p. 588.

100. MILLER (1962b) p. 891.

101. MILLER (1962b) pp. 891-892.

individuales a la par que se intensifica la intervención del gobierno para asegurar tales derechos[102]. Se podría, en efecto, plantear que el modelo gubernamental actual concentra su acción política en la protección de la sociedad frente a determinadas conductas normalizadas como peligrosas o dañinas para el aseguramiento de las libertades individuales[103].

La proyección que Miller formuló hace ya un buen tiempo (1982), con relación a que no solo se expandirá, sino que se acelerará la concentración de poder en el órgano ejecutivo del gobierno, no ha perdido una pizca de actualidad[104]. En efecto, la proliferación de cláusulas generales en el campo penal confirmaría aquello que planteó Miller hace unas décadas en el plano específico del derecho constitucional[105]. La llamada 'expansión del derecho penal' no hace más que reforzar la tesis de que la actividad estatal no solo incrementa las penas bajo descripciones bastante genéricas de los tipos penales, sino que se refleja en el auge de un 'derecho penal de la puesta en riesgo', en el cual se disponen sanciones desproporcionadas a acciones que resultan previas a la concreta lesión de bienes jurídicos[106].

Un punto sobre el que cabe hacer una consideración es que los jueces deben limitarse a lo que la comunidad habrá de aceptar[107]. Según Miller, los jueces generalmente identifican esos tópicos y actúan en consecuencia[108]. Aún más, el citado autor sugiere que los jueces orientan los resultados de su decisión practicando una fina sensibilidad sobre lo que interesa a la opinión pública, prescindiendo de brindar razones que justifican rigurosamente sus decisiones[109]. Solo los profesores, algunos de sus estudiantes y unos pocos abogados especializados se interesan por analizar detenidamente los argumentos utilizados por los jueces en sus decisiones[110].

---

102. MILLER (1962b) p. 892; MILLER (1989) p. 592.

103. FOUCAULT (2006) p. 404. Para una visión crítica de esta tendencia que pretender erradicar riesgos a traves de la insistente formulación normativa de delitos de peligro abstracto, HASSEMER (1989) p. 24.

104. MILLER (1982) p. 660; MILLER (1972) p. 77.

105. BACIGALUPO (1999) p. 63.

106. CANCIO MELIÁ (2003) p. 64. La proliferación de este derecho penal de la puesta en peligro ha implicado el auge correlativo de los llamados delitos instrumentales; esto es, delitos que se anticipan a la lesión e, incluso, en algunas ocasiones a la puesta misma en peligro de un bien jurídico. Para un estudio monográfico de los delitos instrumentales, CRUZ (2020) passim.

107. MILLER (1979) p. 501.

108. MILLER (1979) p. 501; MILLER (1965) p. 380.

109. MILLER (1979) p. 502; MILLER (1983) p. 484. Para un comentario que defiende una interpretación evolutiva de los derechos y, asimismo, sostiene que los jueces deben comprometerse a tomar decisiones orientadas a alcanzar ciertos resultados, GREY (1988) p. 236.

110. MILLER (1979) p. 502.

Con todo, la voz de la doctrina también se ha de escuchar a través de la técnica de 'análisis de tendencias' que se ha descrito anteriormente. En efecto, hay un punto que cabe remarcar porque resulta de la máxima importancia. La doctrina funciona como una suerte de dique de contención que limita a los órganos del Estado para que el poder punitivo no avance cada vez más sobre las garantías constitucionales de los ciudadanos[111]. Se podría decir que la doctrina funciona como una suerte de 'conciencia crítica' de la práctica jurisprudencial.

De esta manera, las elaboraciones científico-jurídicas pretenden acotar el avance del *ius puniendi* a un punto que desestabilice el sistema penal; ya sea por demasiado punitivismo, ya sea por demasiado garantismo. Por ello, vistos desde un punto de vista global, los trabajos científicos que elaboran la dogmática penalista y la filosofía de la pena se dirigen a que la pretensión punitiva del Estado alcance un punto de equilibrio entre la protección social y las garantías constitucionales de los ciudadanos en materia penal[112].

En síntesis, la tercera directiva metodológica de una interpretación dinámica prescribe el deber de examinar las tendencias jurisprudenciales y doctrinarias recientes. Estas se revelan a través de las decisiones que toman los jueces y de los argumentos que desarrolla la doctrina. Siendo más específicos, un análisis de tendencias conlleva un examen de las decisiones y opiniones pasadas para con ello inferir la dirección que habrán de adoptar las futuras. Se trata, pues, de tomar decisiones en el presente, sobre la base de experiencias pasadas, para así construir un futuro que colme las expectativas depositadas en él.

5.4 Cuarta directiva interpretativa: encajar a la interpretación finalista dentro de la sistemática del derecho penal

El límite interpretativo que supone la prohibición de la analogía, tal como plantea Jakobs, se ha de localizar en la cultura de la interpretación en que se lleva a cabo la tarea de aplicar una norma jurídico-penal[113]. Esto supone no tanto buscar el sentido esencial que tienen los conceptos, sino lo que estos pueden admitir que se les atribuya como unidad de sentido. Por ende, la determinación del significado de los conceptos que recoge el derecho penal no es una mera operación intelectual que se limita a desentrañar el contenido semántico de lo que significa, por ejemplo: 'arma', sino la búsqueda incesante de los sentidos que la comunidad acepta o tolera atribuir a cada uno de los conceptos por los cuales se expresan las disposiciones y normas jurídico-penales.

111. En un sentido similar, ZAFFARONI (1998) p. 245.

112. Esto se inspira en: NINO (1980) p. 236.

113. JAKOBS (1997) p. 103 .

Ahora bien, ¿cuáles son los límites en lo que respecta a los sentidos que se le puede atribuir a una disposición jurídico-penal? La pretensión de razonabilidad y, a la postre, la pretensión de exclusión de la arbitrariedad en el razonamiento aplicativo o interpretativo del Derecho[114]. La manera en que esta exclusión de la arbitrariedad podría presentarse de un modo positivo es mediante una pretensión de razonabilidad, lo cual supone aferrar o sujetar la ley penal a un esfuerzo sistemático. En efecto, de lo que se trata es de que se le atribuya un significado a las disposiciones jurídicas a partir de una operación que siga un procedimiento reglado generalizable[115]. La interpretación ha de ser generalizable sin perturbar a la estabilidad, armonía o unidad de sentido del sistema jurídico[116]. De hecho, aquí cabe tener presente que la función básica del derecho penal es la estabilización de las condiciones que posibilitan una convivencia pacífica[117].

La concreción de tal sistematización supone asumir que son deseables, al menos desde un punto de vista lógico, la completitud, la consistencia y la independencia del sistema jurídico[118]. La pretensión sistematizadora, en efecto, lo que debe procurar es un resultado interpretativo que optimice lo mejor posible, en cuanto más se pueda, aquellas tres características ideales de los sistemas jurídicos mencionadas anteriormente. En concreto, una interpretación evolutiva o dinámica de una norma penal debe procurar armonizar estos tres objetivos: 1) colmar lagunas normativas y, por lo mismo, erradicar o disminuir las contradicciones normativas; 2) articular una respuesta coherente y armónica con la totalidad de las instituciones jurídico-penales; 3) posibilitar la distinción entre el orden jurídico y otros sistemas normativos —*p. e.*, la moral o la religión—.

Un ejemplo quizá sea útil para ilustrar más gráficamente lo que se viene argumentando. Más específicamente, una interpretación dinámica del tipo penal en el caso de violación de correspondencia agravada por el sujeto activo —Art. 154 del Código

114. En un sentido similar, RAZ (2003) p. 13; ZAMBRANO (2009b) p. 149.

115. JAKOBS (1997) p. 104. En un sentido similar, JESCHECK (2002) p. 165.

116. La pretensión de sistematicidad del ordenamiento jurídico es, quizá, uno de los mayores aportes de la tradición positivista a la reflexión teórica de las últimas décadas. Ahora bien, el compromiso con la identificación de criterios lógico-formales para reconocer la unidad de sentido de sistema jurídico, al modo de ver con quien escribe este trabajo, más que incorrecto resultaría insuficiente. En un sentido similar, MONTORO BALLESTEROS (2001) pp. 308-309.

117. HASSEMER (1999) p. 19.

118. ALONSO (2010) p. 74. Cabe aclarar que la pretensión de sistematicidad del ordenamiento juridico no necesariamente ha de estar vinculada a la tradición positivista. MONTORO BALLESTEROS (2001) p. 308.

Penal argentino[119]—, nos permitiría echar algo de luz sobre esas cuestiones. De esta manera cabría plantear las siguientes interrogantes, i) ¿se incrementaría la magnitud del problema de las lagunas en el supuesto que asimilemos a un empleado de una empresa de telefonía celular al caso de un agente de la empresa de correos? ii) ¿el nivel de coherencia del sistema jurídico-penal se incrementa o se debilita al equiparar a un empleado de telefonía con los dependientes mencionados expresamente entre los sujetos activos del agravante del delito de violación de correspondencia? iii) ¿Se difuminan los límites que posibilitan distinguir al derecho de otros sistemas u órdenes normativos al equiparar a ese empleado de telefonía celular con los que se desempeñan en empresas de correo postal?

Ahora bien, ya que: i) no se incrementa la magnitud del problema de las lagunas, ii) se robustece el nivel de coherencia del sistema jurídico, y iii) se mantiene la distinción entre derecho y moral, entonces podríamos afirmar que estamos frente a un caso de una interpretación evolutiva, incluso en sede penal, que no merecería ser conceptualizada como un caso de 'prohibición de analogía'. En cambio, la reciente sentencia del Tribunal Supremo Federal de Brasil sobre 'noticias falsas' se nos presenta como un caso en que se advierte una respuesta negativa a lo que venimos planteando. Lo que interesa a los fines de este trabajo, es que en el mencionado caso un mismo tribunal —el Tribunal Supremo Federal de Brasil— se encuentra impulsando y controlando un proceso penal[120], con base en una imputación del delito de 'injurias' a raíz de unas publicaciones que los magistrados consideraron ofensivas para su dignidad moral. Dicho de otra manera, el citado tribunal hace las veces de fiscal, juez de garantías y tribunal que emite la condena definitiva.

Resulta sencillo notar que esa resolución judicial posee muchas aristas cuestionables como, por ejemplo, si el máximo tribunal a nivel federal se aboca a resolver un caso, ¿cómo hará el Estado brasileño para asegurar el derecho a la doble instancia en materia penal que reconoce el artículo 8, inciso 2, apartado h) de la Convención Americana de Derechos Humanos? ¿Se podría afirmar que se han respetado las garantías procesales mínimas —en concreto: el derecho a un juez imparcial— si el mismo órgano jurisdiccional es el que impulsa el proceso, controla jurisdiccionalmente la investigación preliminar y, a la vez, se encarga de dictar la sentencia condenatoria con carácter definitivo[121]?

119. CÓDIGO PENAL (Argentina), Art. 154: "Será reprimido con prisión de UN (1) mes a CUATRO (4) años, el que por su oficio o profesión se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia o de un mensaje de correo electrónico".

120. *Inquérito 4.781 Distrito Federal* (2019).

121. Esto parece altamente problemático para la separación de la etapa instructoria o preliminar de la etapa de condenatoria en el marco de todo proceso penal, tal como se ha consolidado en el mundo occidental a partir del ejemplo del Código de Instrucción Criminal de 1808 de Francia. MONTERO AROCA (2016) p. 60.

Sin desmerecer la relevancia de las anteriores preguntas, lo que nos interesa es que en el mencionado caso brasileño se interpreta dinámicamente de un modo sorprendente, no tanto —o, mejor dicho, no solo— la posibilidad subsumir a la difusión de 'noticias falsas' —*fake news*— en el delito de injurias, sino la curiosa aplicación de la disposición procedimental que se invoca para justificar que el propio tribunal instruya y juzgue el caso[122]. En efecto, lo más sorprendente de la mencionada sentencia brasileña es que las supuestas 'noticias falsas' no se transmitieron desde el recinto del tribunal, a pesar de que la norma procedimental solo autoriza al Tribunal Supremo Federal a iniciar una investigación en caso de delitos que se comentan dentro de sus instalaciones edilicias.

De esta manera, el magistrado brasileño que elaboró la sentencia que se comenta decidió aplicar esa norma procedimental, por el mero hecho de que las personas afectadas son los mismísimos jueces del Tribunal Supremo Federal[123]. Por ende, cabía asimilar hechos acaecidos fuera del tribunal al supuesto de hecho previsto en la citada formulación normativa de índole procesal. Entonces, cabe preguntarse: ¿la interpretación dinámica de la citada disposición procesal penal incurre en la prohibición de analogía?

La respuesta al anterior interrogante resulta contundentemente afirmativa, porque se podría sostener que no se cumple con ninguna de las tres exigencias de la directiva de interpretación sistemática. En efecto, i) se incrementa notablemente la indeterminación del contenido semántico de los supuestos de hecho en los que el Tribunal Supremo Federal está autorizado a iniciar un proceso penal; esto es, se aumenta el nivel de incertidumbre sobre el alcance de las competencias del citado tribunal. ii) Se amplifica el nivel de incoherencia del sistema jurídico, porque el Tribunal Supremo Federal podría instar acciones penales no solo ante delitos cometidos dentro de sus dependencias, sino en todo caso en que sus magistrados estén afectados o involucrados. iii) Se difuminan los límites que posibilitan distinguir al derecho de otros sistemas u órdenes normativos, porque ya no queda claro si lo que habilita a la intervención del TSF es una supuesta ofensa a la dignidad moral de sus magistrados, o si lo que permite impulsar la faz de instrucción reposa en criterios objetivos descritos con meridiana claridad en el Reglamento Interno del TSF.

122. En efecto, el Tribunal Supremo Federal brasileño apela al artículo 43 del Reglamento Interno del citado tribunal, el cual establece que: "Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro".

123. *Inquérito 4.781 Distrito Federal* (2019).

6. Balance crítico: ¿la 'mano muerta del pasado' realmente tiene autoridad sobre nosotros?

El rechazo de la prohibición de analogía no implica que la interpretación de la ley penal ha de encapsular o 'fijar' definitivamente el significado de las disposiciones jurídico-penales en un determinado momento de la historia. Asimismo, la prohibición de analogía no necesariamente conlleva la negación de toda clase de razonamiento analógico en el marco de una práctica interpretativa penal. Solo una noción demasiado formalista e ingenua de la interpretación jurídica podría pensar que la aplicación de la ley sería capaz de prescindir completamente de consideraciones analógicas[124]. Porque, de lo contrario, estaríamos asumiendo una suerte de ultrarracionalidad del legislador; esto es, que no hubo caso alguno que no se le pudiera haber ocurrido al órgano legislativo al momento de elaborar las disposiciones jurídicas contenidas en el código penal.

El reto que más bien plantea la prohibición de analogía en materia penal es que la interpretación judicial no se confunda enteramente con la creación de formulaciones normativas, lo cual le está vedado a los jueces por el principio de legalidad penal. Se trata, en efecto, de asegurar la autoridad del Derecho creado por los órganos competentes, procurando desplegar un razonamiento jurídico que sea analógico, pero en un sentido metodológico que consiste en establecer diferencias y similitudes entre la formulación normativa y el caso concreto[125]. En ese preciso sentido de la analogía en el campo del derecho, tal como lo plantea Kaufmann, no es posible de escapar de una aplicación analógica de la ley, ni siquiera en materia penal[126].

El punto que parece querer subrayar la prohibición de analogía no es, en efecto, una completa exclusión del razonamiento analógico en el campo penal, sino que se ha de evitar una modificación del derecho penal bajo el pretexto de su interpretación[127]. Porque esta última no es sino una actividad cognoscitiva y valorativa, pero inmediatamente dirigida a concretar tanto las finalidades como los medios que emplea el derecho penal para asegurar una convivencia ciudadana pacífica y ordenada por y a través del derecho. El desafío que supone el control de la interpretación judicial consiste en reconocer cuando a través de la práctica interpretativa se pretende incluir nuevos supuestos de hecho o consecuencias jurídicas de índole criminal o penal.

---

124. KAUFMANN (1976) p. 41.

125. KAUFMANN (2005) p. 408. En un sentido similar, JESCHECK (2002) p. 163.

126. De hecho, es tan extremo Kauffman en la naturaleza necesariamente analógica del razonamiento aplicativo de las normas jurídicas que plantea que la prohibición de analogía que se plantea en materia penal es tan ingenua como lo prohibición de interpretación, la cual fracasó rotundamente tal como lo demuestra la historia. KAUFMANN (1976) p. 41.

127. JESCHECK (2002) p. 169.

De esta manera, si se advierte que el legislador no es capaz de prever todos los casos posibles, pues entonces se asume que el juez conserva cierto margen de decisión para establecer si el caso encaja o no en el supuesto de hecho descrito en la disposición jurídica. En efecto, tan pronto se rechaza la ultrarracionalidad de legislador se está concediendo que la aplicación del derecho no implica un *mero* juicio lógico de subsunción, sino un razonamiento que también es, en *alguna medida*, valorativo[128]. El punto no consiste en excluir a la lógica del mundo del derecho y, menos aún, de la práctica interpretativa, sino poner de relieve que la selección de las premisas sobre las que el razonamiento discurre, centralmente depende de consideraciones valorativas[129]. A su vez, lo dicho se desenvuelve a través de ese conjunto de reglas lógicas y paralógicas llamado sintéticamente 'lógica jurídica'[130].

Así, lo que limita a la interpretación jurídica de las normas penales no es la 'mano muerta del pasado'; esto es, lo que pretendieron significar los que aprobaron una determinada formulación normativa. Lo que acota a la creatividad interpretativa es la cultura de los intérpretes, tal como lo plantea Jakobs[131]. La reconstrucción de las finalidades de las disposiciones jurídico-penales que hacen los intérpretes y que procuran encajar dentro de la sistemática del derecho penal y de las garantías constitucionales que lo informan.

Tales finalidades se pueden llegar a descubrir a través de una lectura o interpretación evolutiva de los bienes jurídicos involucrados que puede llegar a extender el ámbito de punición a supuestos no expresamente previstos en las formulaciones normativas, pero que resultan imprescindibles para asegurar su eficacia. Con todo, la eficacia no tiene la última palabra, sino que esta se ha de concebir como un esfuerzo por conciliar la finalidad de esa norma particular con la consistencia y coherencia de todo el sistema jurídico-penal.

En síntesis, la interpretación evolutiva de las normas penales no ha de pretender más que procurar que se cumpla con la finalidad de las disposiciones jurídico-penales; pero de una manera tal que no se perturbe al resto del sistema del derecho penal, desde sus garantías iusfundamentales hasta lo dispuesto en la parte especial y en el ordenamiento procesal penal.

128. LOMBARDI VALLAURI (1981) pp. 53-54.

129. SERNA BERMÚDEZ (2005) pp. 284-285.

130. KALINOWSKI (1973) [1965] p. 165. En un sentido similar, FERNÁNDEZ (1975) p. 121.

131. JAKOBS (1997) p. 103.

7. Conclusiones: armonizar la eficacia del *ius puniendi* bajo una subordinación a la vigencia material del principio de legalidad

La interpretación de las leyes penales no implica necesariamente un compromiso con una noción de 'mano muerta del pasado'; es decir, la aplicación de disposiciones jurídico-penales no conlleva limitarse a seguir lo que expresamente plasmó el legislador histórico en una formulación normativa determinada.

En este trabajo se han propuesto lineamientos metodológicos para reconocer o descubrir cuáles son esas finalidades de las disposiciones jurídicas a través de una interpretación dinámica o evolutiva. En apretada síntesis, se trata de reconocer tendencias a través de convergencias en las expectativas que se extraen tanto de la jurisprudencia —que mira principalmente al pasado— como de la doctrina que pretende iluminar el faro de la práctica interpretativa del derecho penal con una perspectiva puesta en el futuro.

Asimismo, es importante reconocer que no todas las voces o actores institucionales tienen el mismo peso en lo que respecta a formar esas tendencias a las que me refería anteriormente. De lo que se trata es de examinar, caso por caso, sistema jurídico por sistema jurídico, a qué actores hay que atender primordialmente para reconocer aquellas expectativas que se depositan en la interpretación de las normas jurídicas.

Con todo, la interpretación dinámica presenta no pocas tensiones con el principio de legalidad penal. Ahora bien, ¿cómo se han de descomprimir esas tensiones entre interpretación dinámica o evolutiva del derecho penal y respeto al principio de legalidad? Pues asumiendo que el descubrimiento o reconocimiento de la finalidad de una norma penal supone procurar su eficacia, pero no a cualquier costo. De lo que se trata, en efecto, es de conciliar dos extremos; por un lado, (i) la materialización de lo que pretenden concretar las disposiciones jurídico–penales en términos de protección de bienes jurídicos y, por el otro, (ii) el sistema de garantías que establece el derecho penal para que su aplicación se ajuste a él.

Aquí es donde una directiva interpretativa sistemática juega su papel más importante. El punto consiste en argumentar sólidamente que la interpretación dinámica que se propone no es disruptiva o desestabilizadora, sino todo lo contrario: un instrumento para asegurar el equilibro del sistema jurídico-penal. Lo que está en juego consiste en armonizar la eficacia del *ius puniendi* con los principios configuradores del derecho penal —paz social y respeto de la dignidad de la persona humana— y, a la vez, una adecuación con el sistema de garantías que supone el derecho penal para proteger a la persona humana involucrada en un pleito de naturaleza penal; sea en calidad de víctima o de acusado.

Por ello, la aplicación de una metodología interpretativa dinámica no ha de ser usada a la ligera, sino bajo un criterio estrictamente restrictivo; esto es, en tanto y en cuanto sea imprescindible para concretar la eficacia de la protección de los bienes

jurídicos a los que refiere cada tipo penal. De lo contrario, la interpretación dinámica se volvería una mera excusa para ampliar la discrecionalidad judicial al momento de aplicar la ley penal y se podría desembocar en una pendiente resbaladiza que llevaría directo hacia la prohibición de analogía. Dicho de otra manera, la armonización entre interpretación dinámica y concretización del principio constitucional de legalidad penal exige necesariamente que tal metodología interpretativa se emplee como última ratio para mantener la eficacia de la disposición jurídico-penal bajo interpretación.

En breve, la defensa de la interpretación dinámica no apunta a liberarnos del pasado, sino a no dejarnos sujetar incondicionalmente por él. Se pretende con esto colmar las expectativas depositadas al momento de instituir una formulación normativa; pero siempre bajo el respeto meticuloso de las garantías y principios fundamentales del derecho penal.

Referencias bibliográficas

ARGENTINA. C. S. J. N., "Jensen, Carlos c/ Provincia de Mendoza" (1922): *Fallos* 136:200. Disponible en: http://sj.csjn.gov.ar/sj/tomosFallos.do?method=verTomoPagina&tomo=136&pagina=200#page=200 [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

ARGENTINA. C. S. J. N., "Rolfo, Domingo Americo S/ Inf ley 17.250" (1979): *Fallos* 301:395. Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=18934 [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

ARGENTINA. C. S. J. N., "Godoy, Roberto Carlos s/ ley 11.683" (1993): *Fallos* 316:1223, Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=4029 [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

ARGENTINA. C. S. J. N., "Lambruschi, Pedro Jorge s/ ley 23.771" (1997): *Fallos* 320:227. Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=6387 [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

ARGENTINA. C. S. J. N., "Relojerías Fernández S.C.A. s/ apelación clausura" (1997): *Fallos* 320:2649. Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoSumario.html?idDocumentoSumario=6356 [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

ARGENTINA. C. S. J. N., "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad" (2005): *Fallos* 328:2056. Disponible en: http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=5863381&cache=1590413995940 [Fecha de consulta: 25 de mayo de 2020].

ARGENTINA. Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal N° 6 (1999a): "Lanata, Jorge S/ desestimación", La Ley 1999-C, 458.

ARGENTINA. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional (1999b): Sala VI, "Lanata, Jorge S/ desestimación", 04/03/1999, La Ley 1999-C, 458.

BRASIL. TRIBUNAL SUPREMO FEDERAL, Inquérito 4.781 Distrito Federal, Relator: Min. Alexandre de Moraes (2019): Disponible en: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781.pdf.

CANADA. British Privy Council, "Edwards v. Attorney General of Canada" (1930), A.C. 124.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva* OC-6/86, parr. 22. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA. "Towne v. Eisner, Collector of United States Internal Revenue for the Third District of the State of New York" (1918), 245 U.S. 418.

Libros, capítulos de libro y artículos de doctrina

ALLEN, Francis A. (1990): "A Crisis of Legality in the Criminal Law - Reflections on the Rule of Law". En *Mercer Law Review*, vol. 42, n° 2, pp. 811–846.

ALONSO, Juan Pablo (2010): *Interpretación de las normas y derecho penal* (Buenos Aires, Del Puerto).

ARÓSTEGUI, Julio (2004): *La historia vivida: sobre la historia del presente* (Madrid, Alianza).

ATIENZA, Manuel (2013): *Curso de argumentación jurídica* (Madrid, Trotta).

BACIGALUPO, Enrique (1997): *Principios de derecho penal: parte general. 1990* (4° Ed., Madrid, Akal).

BACIGALUPO, Enrique (1999): *Principios constitucionales de derecho penal* (Buenos Aires, Hammurabi).

BACIGALUPO, Enrique (2005): *Derecho Penal y el Estado de Derecho* (Santiago de Chile: Jurídica de Chile).

BADENI, Gregorio (2005): "El caso "Simón" y la supremacía constitucional". En *La Ley*, tomo *D*, p. 639 y ss.

BADENI, Gregorio (2006): *Tratado de derecho constitucional* (Buenos Aires, La Ley, Vol. I).

BECCARIA, Cessare (2017): *Dei delitti e delle pene. 1764* (Roma, Castelvecchi).

BOBBIO, Norberto (2004): "La plenitud del orden jurídico y la interpretación". En *Isonomía*, vol. 21, 2004, pp. 255–260. Disponible en: http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n21/n21a9.pdf [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

BRENNAN, William J. (1985): "The Constitution of the United States: Contemporary Ratification". En *South Texas Law Review*, vol. 27, n° 3, pp. 433–446.

BREWER–CARIAS, Allan R. (1995): *Sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela*. (Bogotá, Universidad Externado de Colombia & Pontificia Universidad Javeriana). Disponible en: http://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea5/Content/II.1.73.pdf [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

CANCIO MELIÁ, Manuel (2003): "¿Derecho penal del enemigo?" En CANCIO MELIÁ Manuel & JAKOBS Günther (Ed.). *Derecho penal del enemigo* (Madrid, Civitas), pp. 59–101.

COTTA, Sergio (1991): *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica* (Milano, Giuffrè).

CRUZ, Roberto (2020): *Delitos instrumentales: aspectos de política legislativa* (Montevideo: B de F).

CREUS, Carlos (1999): "El miedo a la analogía y la creación de "vacíos" de punibilidad en la legislación penal (intercepción de comunicaciones telefónicas y apropiaciones de "e-mail")". *En Jurisprudencia Argentina*, vol. *6165*.

DONNA, Eduardo A. (1996): *Teoría del delito y de la pena* (Buenos Aires, Astrea).

EDWARDS, Carlos E. (1996): *Garantías constitucionales en materia penal* (Buenos Aires, Astrea).

ELIAS, José Sebastián (2008): "Constitutional Changes, Transitional Justice, and Legitimacy: The Life and Death of Argentina's Amnesty Laws". En *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 31, n° 2, pp. 587–646. Disponible en: https://repository.uchastings.edu/hastings_international_comparative_law_review/vol31/iss2/3/ [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

ESSER, Josef (1961): *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, (Barcelona, Bosch).

ESSER, Josef (1986): "La interpretación". En *Anuario de filosofía del derecho*, vol. 3, pp. 41–74. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142103 [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

ETCHEVERRY, Juan B. (2020): "Una aproximación a los principios jurídicos desde su función de fundamentación". En *Civilistica.com*, vol 9, n° 1, pp. 1–31. Disponible en: https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/514 [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

FERNÁNDEZ, Alberto V. (1975): *Arte de la persuasión oral: teórica y práctica de la comunicación por la palabra* (Buenos Aires, Astrea).

FOUCAULT, Michel (2006): *Seguridad, territorio, población: curso en el Collége de France (1977-1978):* (Traducción de Pons, Horacio), (México D. F., Fondo de Cultura Económica).

FUENTES CONTRERAS, Édgar H. (2019): "Del Estado constitucional al Estado convencional de Derecho. Estudio Preliminar sobre el modelo del Estado Convencional de Derecho, en el contexto latinoamericano". En *Revista Jurídica Digital UANDES*, vol. 3, n° 2, pp. 13–42. https://doi.org/10.24822/rjduandes.0302.

GALLANT, Kenneth S. (2009): *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*. (New York, Cambridge University Press). https://doi.org/10.1017/CBO9780511551826.

GOLDSWORTHY, Jeffrey (1994): "Implications in Language, Law and the Constitution". En G. Lindell (Ed.). *Future Directions in Australian law: Essays in Honour of Professor Leslie Zines* (Sydney: Australian National University), pp. 150–184.

GOLDSWORTHY, Jeffrey (2005): "Legislative Intentions, Legislative Supremacy, and Legal Positivism". En *San Diego Law Review*, vol. 42, n° 2, pp. 493–519.

GOLDSWORTHY, Jeffrey (2011): "Constitutional Implications Revisited". En *University of Queensland Law Journal*, vol. 30, n °1, pp. 9–34.

GREY, Thomas C. (1974): "Do We Have an Unwritten Constitution?". En *Stanford Law Review*, vol. 27, n° 3, pp. 703–718.

GREY, Thomas C. (1984): "The Constitution as Scripture". En *Stanford Law Review*, vol. 37, n° 1, pp. 1–26.

GREY, Thomas C. (1988): "The Uses of an Unwritten Constitution". En *Chicago-Kent Law Review*, vol. 64, n° 1, pp. 211–238.

HALLEVY, Gabriel (2010): *Modern Treatise on The Principle of Legality in Criminal Law* (Heidelberg, Springer). https://doi.org/10.1007/978-3-642-13714-3.

HART, H. L. A. (1976): "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream". En *Georgia Law Review*, vol. 11, n° 5, pp. 969–990.

HASSEMER, Winfried (1989): *Introducción a la criminología y al derecho penal* (Valencia, Tirant lo Blanch).

HASSEMER, Winfried (1999): *Persona, mundo y Responsabilidad* (Bogotá, Temis).

HESSE, Konrad (1992): *Escritos de derecho constitucional* (Traducción de Cruz Villalón, Pedro), (2o Ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

HIGHTON, Elena I. (2010): "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad". En A. Von Bogdandy, E. F. Mac-Gregor, & M. M. Antoniazzi (Eds.), *La justicia constitucional y su internacionalizacion: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?* (México D.F., Univ. Nacional Autónoma de Mexico), pp. 107–173.

HOLMES, Oliver Wendell (1896): "Path of the Law". En *Harvard Law Review*, vol. 10, n° 8, pp. 457–478.

JAKOBS, Günther (1997): *Derecho penal: parte general* (2o Ed., Madrid, Marcial Pons).

JESCHECK, Hans-Heinrich (2002): *Tratado de derecho penal: parte general*. (Traducción de Olmedo Cardenete, Miguel), (Granada, Comares).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1958): *Principios de derecho penal: la ley y el delito* (3a Ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot).

KALINOWSKI, Georges (1973): *Introducción a la lógica jurídica: elementos de semiótica jurídica*. (Traducción Juan A. Casaubón.), (Buenos Aires, EUDEBA).

KAUFMANN, Arthur (1976): *Analogía y "naturaleza de la cosa": hacia una teoría de la comprensión jurídica* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).

KAUFMANN, Arthur (2005): "La espiral hermenéutica". En *Persona y Derecho*, vol. 52, pp. 405–410. Disponible en: https://dadun.unav.edu/handle/10171/14566 [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

KAVANAGH, Aileen (2003): "The Idea of a Living Constitution". En *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 16, pp. 55–90. https://doi.org/10.1017/S0841820900006639.

KOSELLECK, Reinhart (2004): *Futures Past: On the Semantics of Historical Time* (Traduccion de Tribe, Keith), (New York, Columbia University Press).

KOSELLECK, Reinhart (2010): *historia-Historia* (Traducción de Gomez Ramos, Antonio) (2da ed., Madrid, Trotta).

LAISE, Luciano D. (2017): *El poder de los conceptos: convenciones semánticas y objetividad referencial en la interpretación constitucional originalista* (Méjico D. F., Porrúa).

LAISE, Luciano D. (2018): La interpretación evolutiva del concepto de "interés superior del niño": método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades. En *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, vol. 19, pp. 12–30.

LAISE, Luciano D. (2019): "El constitucionalismo viviente: método interpretativo, presupuestos semánticos y dificultades". En *Revista de Derecho Político*, vol. 105, pp. 225–250.

LESSIG, Lawrence (1994): "Understanding Changed Readings: Fidelity and Theory". En *Stanford Law Review*, vol. 47, n° 3, pp. 395–472.

LEVINSON, Sanford (1979): "The Constitution'" in American Civil Religion. En *Supreme Court Review*, vol. 1, pp. 123–152.

LEVINSON, Sanford (2003): "Why I Do Not Teach Marbury (Except to Eastern Europeans) and Why You Shouldn't Either". En *Wake Forest Law Review*, vol. 38, n° 2, pp. 553–578.

LOMBARDI VALLAURI, Luigi (1981): *Corso di filosofia del diritto* (Padova, CEDAM).

MCCONNELL, Michael W. (1997): "Textualism and the Dead Hand of the Past. En *George Washington Law Review*", vol. 66, n° 5 & 6, pp. 1127–1142. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12606&context=journal_articles [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

MILLER, Arthur S. (1962a): "Notes on the Concept of the Living Constitution". En *George Washington Law Review,* vol. 31, pp. 881–918.

MILLER, Arthur S. (1962b): The Changing Role of the United States Supreme Court. *The Modern Law Review*, vol. 25, n° 6, pp. 641–653.

MILLER, Arthur S.(1965): "On the Need for Impact Analysis of Supreme Court Decisions". En *Georgetown Law Journal*, vol. 53, n° 2, pp. 365–402.

MILLER, Arthur S. (1970): "Change and the Constitution". En *Law and the Social Order*, s/i, pp. 231–255.

MILLER, Arthur S. (1972): "Legal Foundations of the Corporate State". En *Journal of Economic Issues*, vol. 6, n° 1, pp. 59–79.

MILLER, Arthur S. (1979): "The Elusive Search for Values in Constitutional Interpretation". En *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 6, n° 2, pp. 487–510.

MILLER, Arthur S. (1982): "Toward a Definition of "the" Constitution". En *University of Dayton Law Review*, vol. 8, n° 3, pp. 633–712.

MILLER, Arthur S. (1983): "Social Justice and the Warren Court: A Preliminary Examination". En *Pepperdine Law Review*, vol. 11, n° 3, pp. 473–498.

MILLER, Arthur S. (1989): Reason of State and the Emergent Constitution of Control. *Minnesota Law Review*, *64*(3), 585–634.

MIR PUIG, Santiago (1994): *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho* (Barcelona, Ariel).

MIR PUIG, Santiago (2006): *Derecho penal: parte general* (8º Ed., Barcelona, Reppertor).

MONTERO AROCA, Juan (2016): *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón* (Buenos Aires, Astrea).

MONTORO BALLESTEROS, Manuel Alberto (2001): "La seguridad jurídica en la configuración del Derecho como ordenamiento". En *Anuario de filosofía del derecho*, vol. 18, pp. 301–320. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/257667.pdf [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

MOORE, Michael S. (1989): "Do We Have an Unwritten Constitution?", En *Southern California Law Review*, vol. 63, n° 1, pp. 107–140.

MOORE, Michael S. (2000): Justifying the Natural Law Theory of Constitutional Interpretation. *Fordham Law Review*, vol. 63, n° 5, pp. 2087–2118. Disponible en: https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3720&context=flr [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

MÜLLER, Ingo (1987): *Los juristas del horror. La "justicia" de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás* (Traducción, Figueredo, Carlos A.), (Bogotá, Alvaro Nora).

NINO, Carlos S. (1980): *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito* (Buenos Aires, Astrea).

PERISTERIDOU, Christina (2015): "Three Models of Criminal Justice". En C. Peristeridou (Ed.), *The Principle of Legality in European Criminal Law* (Cambridge, Intersentia), pp. 129–174. https://doi.org/DOI: 10.1017/9781780685625.005.

PERRY, Michael J. (1985): "The Authority of Text, Tradition, and Reason: A Theory of Constitutional Interpretation". En *Southern California Law Review*, vol. 58, n° 1 & 2, pp. 551–602.

RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato (2020): *Interpretación jurídica* (Buenos Aires, Astrea).

RAZ, Joseph (2003): "About Morality and the Nature of Law". En *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 48, n° 1, pp. 1–15. https://doi.org/10.1093/ajj/48.1.1

REHNQUIST, William (1976): "Notion of a Living Constitution". En *Texas Law Review*, vol. 54, n° 4, pp. 693–706.

ROSLER, Andrés (2017): "Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora": acerca del punitivismo de lesa humanidad". En *En Letra: Derecho Penal,* vol. 3, n° 5, pp. 62–102. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2018/02/doctrina46254.pdf [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

ROSLER, Andrés (2018): "Hermes o la continuación de Antígona por otros medios. Una crítica del interpretativismo". En *Revista Jurídica de la Universidad de San Andrés*, vol. 6, pp. 1–27. Disponible en: https://www.udesa.edu.ar/sites/default/files/rosler_hermes_y_antigona_pdf.pdf [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

ROSLER, Andrés (2019): *La ley es la ley: autoridad e interpretación en la filosofía del derecho* (Buenos Aires, Katz).

ROXIN, Claus (1997): *Derecho penal: parte general*. (Traducción de Luzón Peña, Diego Manuel), (Madrid, Civitas).

RUBENFELD, Jed (1997): "Moment and the Millennium". En *George Washington Law Review*, vol. 66, n° 5 & 6, pp. 1085–1111.

SAGÜÉS, Nestor P. (2016): *La Constitución bajo tensión* (Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales de Estado de Querétaro). Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4754/1.pdf [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

SERNA BERMÚDEZ, Pedro (2005): "Hermeneútica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann". En P. Serna (Ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica: revisión crítica de algunas teorías contemporáneas* (2a Ed., Granada, Comares), pp. 279–316.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María (1992): *Aproximación al derecho penal contemporáneo* (Barcelona, Bosch).

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María (2006): "Sobre la interpretación "teleológica" en derecho penal". En M. Díaz y García Conlledo & J. A. García Amado (Eds.), *Estudios de filosofía del derecho penal* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 365–395.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-María (2008): "La interpretación de las leyes y la cultura de los juristas". En A. J. C. Lynnet, Eduardo Montealegre; John (Ed.), *Sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70o aniversario* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 201–213.

VON LISZT, Franz (1970): Über den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des *Strafrechts. En Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze* (Berlin, Walter de Gruyter), pp. 75–93.

WALUCHOW, Will (2005): "Constitutions as Living Trees: An Idiot Defends". En *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. 18, n° 2, pp. 207–248. https://doi.org/10.1017/S0841820900003994.

WALUCHOW, Will (2007): *A Common Law Theory of Judicial Review: The Living Tree* (New York, Cambridge University Press).

YACOBUCCI, Guillermo J. (2002): *El sentido de los principios penales* (Buenos Aires, Abaco).

YACOBUCCI, Guillermo J. (2006): "El dilema de la legalidad en el Derecho penal". En M. Cancio Meliá (Ed.), *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión* (Madrid: Edisofer & BdeF), pp. 1073–1116.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1987): *Tratado de derecho penal: parte general* (Buenos Aires, Ediar).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (1998): *En busca de las penas perdidas* (Buenos Aires, Ediar).

ZAMBRANO, Pilar (2009a): *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica: una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad* (Mexico D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, U. N. A. M). Disponible en: http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11600 [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

ZAMBRANO, Pilar (2009b): "Los derechos ius-fundamentales como alternativa a la violencia: entre una teoría lingüística objetiva y una teoría objetiva de la justicia". En *Persona y Derecho*, vol. 60, pp. 131–152. Disponible en: https://dadun.unav.edu/handle/10171/17505 [Fecha de consulta: 06 de mayo de 2020].

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DICIEMBRE 2020 • E-ISSN 0719-2150 • VOL. 11 • Nº 2. PÁGS 122-144
RECIBIDO 06/08/2020 - APROBADO 15/12/2020
DOI 10.7770/RCHDCP-V11N2-ART2289

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Delitos informáticos en el Código penal argentino

Computer-related crimes in the Argentine Criminal Code

María Belén Linares[1]
Universidad Católica Argentina (UCA), Argentina

RESUMEN La evolución de la Tecnología de la Información y la Comunicación (TIC) ha propiciado el nacimiento de un contexto criminógeno y, con ello, la incorporación de nuevos tipos penales. Este trabajo se propone analizar los tipos penales regulados en el Código penal argentino que se cometen mediante el uso de TIC. Estos tipos penales son producción, distribución y tenencia de pornografía infantil; ciberacoso sexual de menores; violación de correspondencia digital; acceso ilegítimo a datos o a sistema informático; publicación ilegal o abusiva de comunicación electrónica; revelación de secretos oficiales; acceso ilegítimo, difusión o alteración de datos personales; estafa o fraude informático; daño en datos y sistemas informáticos; interrupción o entorpecimiento de comunicaciones electrónicas; y alteración de medios probatorios.

PALABRAS CLAVE Tecnología de la Información y la Comunicación; delitos informáticos; Código penal argentino.

ABSTRACT The evolution of information and communications technology (ICT) has led to the emergence of a new criminogenic context, and with it, the incorporation of new types of crimes. The object of this paper is to analyse the criminal offences regulated by the Argentine Criminal Code that are committed using ICTs. These criminal offences are the production, distribution and possession of child pornography; cyber-bullying of children; violation of digital correspondence; unlawful access to data or to the computer system; illegal or abusive publication of electronic communications; disclosure of official

1. Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla (España), Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla (España), Experta Universitaria en Victimología por la Universidad de Sevilla (España), Especialista en Derecho Penal por la Universidad de Belgrano (Argentina) y Abogada por la Universidad de Belgrano (Argentina). Profesora en la Universidad Católica Argentina (UCA). Mail: mblinares@hotmail.com.

secrets; unlawful access to, dissemination or alteration of personal data; computer fraud or embezzlement; damage to data and computer systems; interruption or obstruction of electronic communications; and alteration of evidence.

KEYWORDS Information and communications technology; computer-related crimes; Argentine criminal code.

I. Introducción

En los tiempos que corren al momento de redactar este trabajo, con la suave etiqueta del "aislamiento social preventivo obligatorio", la vieja "cuarentena" se ha reinstalado y nuestras prácticas habituales se han visto obligadas a una drástica y repentina reconfiguración. En este escenario, las modernas Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante, TIC) hacen más soportable el encierro, y es por ello natural el incremento sustancial de su empleo, mas también lo es su incidencia como factor criminógeno.

Hace ya tiempo que las nuevas tecnologías han adquirido un rol protagónico en la vida cotidiana, pero a la vez se han convertido en una herramienta que ha dado nacimiento a un ambiente propicio para la aparición de técnicas modernas y cada vez más sofisticadas de criminalidad. TIC ha supuesto, en algunas ocasiones, un condicionante para la comisión de clásicos delitos, mientras que, otras veces, ha conducido a la incorporación de tipos penales que hasta su aparición en el ordenamiento jurídico eran inexistentes o desconocidos para la sociedad y el legislador.

Este trabajo no pretende más que repasar precisos confines típicos de las figuras legales que regulan los hechos ilícitos que utilizan TIC para su comisión, incorporadas por el legislador en el Código penal argentino. Advertimos, desde ahora, que la mayor parte de esas figuras es resultado de la reforma experimentada por el ordenamiento de fondo con la Ley 26.388, no en vano conocida como la "ley de delitos informáticos"[2].

2. SUERIO (2018) apartado II. El autor dice textualmente: "*Hace tan sólo una década atrás la República Argentina adoptaba su primera ley destinada a la reforma integral en materia de criminalidad informática al Código Penal de la Nación. Nos referimos a la Ley 26.388. La ley 26.388 partió de una ley de reforma integral y concordada al Código Penal de la Nación basándose en el modelo de Proyecto de Ley de la Diputada Leonor Esther Tolomeo (1996) y llevó adelante la modificación de tipos penales tradicionales que la doctrina venían debatiendo durante más de dos décadas (1996-2008) y que se hacían presentes en cada uno de los proyectos de ley que se presentaron durante los doce (12) años previos*".

Entremos, pues, sin más demora, en la materia de estudio, para lo cual hemos adoptado un esquema que respeta la técnica legislativa vigente en el ordenamiento jurídico-penal argentino. Es decir, analizaremos, en este orden, las siguientes disposiciones que se ocupan de regular los delitos informáticos: arts. 128, 131, 153, 153 bis, 155, 157, 157 bis, 173 inc. 16, 183, 184, 197 y 255 del Código penal.

II. Delitos informáticos en el Código penal argentino

1. Producción, distribución y tenencia de pornografía infantil (art. 128 CP)

El texto del artículo 128 introducido por la ley 25.087, de 14 de abril de 1999, reflejaba la finalidad de proteger integralmente a la persona menor de 18 años como sujeto pasivo del delito, mediante el castigo penal de la difusión de imágenes pornográficas o espectáculos de dicha naturaleza, pero acotado a un ámbito de explotación individual[3]. Fue justamente esa restricción en su alcance, el motivo que suscitó numerosas críticas, pues el legislador penal con la otrora regulación no se refería, por ejemplo, a explotaciones colectivas o de criminalidad organizada, circunstancia esta última de alcance internacional[4].

La ley 26.388, de 24 de junio de 2008, y la ley 27.436, de 21 de marzo de 2018, sustituyeron sensiblemente el artículo 128 del Código penal argentino. La reforma de 2008, puntualmente, trajo consigo una modificación respecto de la anterior regulación del tipo penal, bastante más escueta y menos precisa, que solo castigaba la producción, publicación o distribución de imágenes pornográficas donde se exhibieran menores de 18 años. La ley 27.436, por su parte, llevó a cabo las siguientes modificaciones: *i*, en el primer párrafo, incrementó la escala penal; *ii*, en el segundo párrafo, dispuso el castigo penal a la simple tenencia de material pornográfico; *iii*, en el tercer párrafo, contempló una pena de seis meses a dos años para el que tuviere en su poder material pornográfico con fines inequívocos de distribución o comercialización; y, *iv*, en el último párrafo, incrementó la escala penal cuando la víctima fuera menor de 13 años[5].

---

3. Art. 128, del Código Penal argentino, conforme a la Ley 26.388, de 2008: "*Será reprimido con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores. Será reprimido con prisión de cuatro (4) meses a dos (2) años el que tuviere en su poder representaciones de las descriptas en el párrafo anterior con fines inequívocos de distribución o comercialización. Será reprimido con prisión de un (1) mes a tres (3) años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce (14) años".*

4. FIGARI (2018) p. 1.

5. Sobre la propuesta de tipificación en el proyecto de Código penal argentino de 2019, véase RIQUERT (2020) apdo. 3.

El primer párrafo del artículo 128 del Código penal quedó redactado del siguiente modo: "*Será reprimido con prisión de tres (3) a seis (6) años el que produjere, financiare, ofreciere, comerciare, publicare, facilitare, divulgare o distribuyere, por cualquier medio, toda representación de un menor de dieciocho (18) años dedicado a* actividades *sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales, al igual que el que organizare espectáculos en vivo de representaciones sexuales explícitas en que participaren dichos menores*".

Las acciones típicas consisten en producir, financiar, ofrecer, comerciar, publicar, facilitar, divulgar o distribuir, por cualquier medio, imágenes de pornografía infantil, entendiendo por tales, toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas o toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales[6]. La última parte del texto, que se refiere a la organización de espectáculos, podría haber configurado un párrafo separado, pues no guarda relación con los verbos típicos que le preceden al no vincularse con una actividad en vivo y en directo[7].

Los verbos típicos empleados por la figura permiten diferenciar dos grupos de acciones: uno, actos concretos de divulgación de pornografía infantil (como ofrecer, comerciar, publicar, divulgar o distribuir) y, otro, actos secundarios de ayuda para cometer el tipo penal, siendo en los hechos una suerte de actos de participación. Este catálogo de acciones se coronó con la expresión "por cualquier medio", que indica que la red informática puede configurar uno de cualquier otro medio de comisión de este delito[8].

La acción central de la figura consiste en "distribuir" imágenes pornográficas de menores de edad, que implica enviar a terceros la imagen[9] y que se caracteriza por su distribución en un número determinado de consumidores de ese producto, donde el

6. La Senadora Vilma Ibarra expresó, en la 18° Reunión, 14° *Sesión ordinaria, de 28 de noviembre de 2007, en el marco del debate parlamentario de la ley 26.388: "En materia de delitos contra la integridad sexual, en el actual artículo 128 sustituimos el concepto de 'imágenes pornográficas' por el de 'toda representación de un menor de 18 años dedicado a actividades sexuales explícitas' o 'toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales', tomando la definición del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en pornografía. Conservamos -no entendimos por qué en Diputados se lo había quitado; pensamos que fue un mero error- la penalización de la conducta del que organizare espectáculos en vivo con escenas pornográficas en que participaren menores. Nosotros decidimos que era valioso mantener la punición de esta conducta que hoy está en nuestro Código Penal; así que la conservamos*".

7. RIQUERT (dir.) (2018b) p. 827.

8. LUCERO y KOHEN (2015) p. 49.

9. Consúltese, al respecto, sentencia dictada por la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal en el marco del caso *Malomo, Enrique* (2013), que sirve de base para sostener que el envío a un solo correo electrónico podría constituir distribución si esta cuenta es una lista de distribución en

agente tiene cierto dominio sobre la cantidad de destinatarios. No resulta necesario para su tipificación que los destinatarios hayan, a su vez, accedido al material en cuestión. En cambio, la acción típica de "divulgar" no trae consigo la limitación en cuanto al número de destinatarios y, en consecuencia, el agente que divulga en los términos previstos por el tipo penal, no tiene control de la cantidad de destinatarios ni de la identidad de los mismos[10].

La acción de "producir" configura el verbo con mayor alcance. En este sentido, se ha dicho que "(i)*mplica el acto de la toma de fotografías o de imágenes en movimiento, de modo que, bajo nuestro derecho, la captación no autorizada de esta clase de imágenes de menores (sin que se distribuyan) implica que el fotógrafo es autor del delito que examinamos y el menor fotografiado la víctima del delito. El delito se consuma con la mera toma de la fotografía del menor y de sus partes íntimas. Esta toma fotográfica o captación de su imagen implica, a nuestro modo de ver, una producción de las mismas*"[11].

Las conductas típicas mencionadas hacen referencia a cualquier representación de un menor de 18 años de edad dedicado a actividades sexuales explícitas o a toda representación de sus partes genitales con fines predominantemente sexuales. Dos notas para destacar: una, por "partes genitales" se entiende los órganos sexuales externos; y, dos, la exigencia de la finalidad sexual excluye otras significaciones de esa representación, quedando las valoraciones artísticas al margen de un eventual juicio estético[12].

Con una pena menor que la prevista para el tipo penal básico se castiga, en el segundo párrafo, a quien tuviere en su poder representaciones de las descriptas antes[13].

Internet. La Cámara, que interpreta el art. 128 CP anterior a la reforma de la ley 26.388, afirma que "*si bien se ha comprobado fehacientemente que E.M., ha remitido dos fotografías con imágenes de menores (...), ello no alcanza, a criterio del tribunal, para afirmar la tipicidad de la conducta del nombrado. El texto del delito previsto y reprimido por el párrafo segundo del artículo 128 del Cód. Penal, claramente hace referencia -como acción típica- a la distribución del material pornográfico. Es decir, no pune el simple y único envío a una persona determinada. Así pues, es claro que el accionar de M. -envío en forma privada y a una única persona de las fotografías- no es delito, pues no constituye la realización del verbo típico*".

10. ABOSO (2020) apdo. 10.

11. PALAZZI (2016) p. 31.

12. ABOSO (2020) apdo. 8. Además, la representación alude a cualquier imagen, fotografía, dibujo o vídeo que cumpla con los requisitos señalados en el tipo penal, no siendo necesario que sea una imagen entera.

13. DUPUY (2018) p. 92. Dice: "*En poco tiempo, la figura del vendedor de pornografía infantil fue sustituida por la de consumidores que se asocian sin ánimo de lucro, bajando, subiendo y facilitando cantidad de archivos de contenido pornográfico infantil rápidamente y ayudados por las técnicas avanzadas de la tecnología -red peer to peer*". Y agrega: "*Hoy la situación es incontrolable y es fundamental abordar la problemática desde la prevención, correcta legislación y sin dejar de observar el tratamiento en otros países, pues una de las características fundamentales de los delitos que se llevan a cabo en entornos digitales es la transnacionalidad*".

Es decir, se castiga la simple tenencia dolosa de pornografía de menores de 18 años. Esta constituye la principal modificación introducida en 2018, pues la simple tenencia de tal material sin la finalidad distributiva o comercial configuraba un hecho atípico con la anterior redacción del tipo penal[14].

El tercer párrafo castiga al que tuviere en su poder las representaciones a las que hace alusión el primer párrafo, con fines inequívocos de distribución o comercialización. Resolver cuándo hay finalidad inequívoca de distribución o comercialización puede no ser sencillo, y más allá de que las circunstancias del caso serán las que definirán la presencia o no de este singular propósito, en el mundo digital es fácil poseer un archivo y realizar copias en forma instantánea. Por ende, la finalidad de distribuirlas no surgirá de la cantidad de imágenes secuestradas, sino de otros elementos y circunstancias que estarán presentes en el caso concreto. El legislador penal indica, además, que esta finalidad debe ser "inequívoca", por lo que solo el contexto del caso permitirá al juzgador concluir si se está o no en presencia de dicho propósito[15].

El cuarto párrafo del artículo 128 dice: "*Será reprimido con prisión de un mes a tres años el que facilitare el acceso a espectáculos pornográficos o suministrare material pornográfico a menores de catorce años*". Aquí, la conducta disvaliosa que describe la norma consiste en facilitar el acceso a espectáculos pornográficos o suministrar material de esa índole a menores de 14 años. El concepto "material" es más abarcativo que el de "imágenes", pues comprende no solo las imágenes, sino también las esculturas, películas, objetos de variada índole, descartándose cualquier material de carácter científico o auténticas obras de arte[16].

La ley 27.436 introduce el último párrafo en el artículo 128 por medio del cual se incrementa la escala penal cuando el sujeto pasivo del delito fuera menor de 13 años. Este incremento penológico resulta razonable, pues el menor de 13 de años se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad. Este agravamiento de pena, asimismo, se corresponde con la edad prevista en otros delitos contra la integridad sexual en los que la intangibilidad sexual de los menores de 13 años se presume *iure et de iure*, pues carecen de suficiente capacidad para comprender la dimensión de actividades con connotación sexual[17].

14. Consúltese, ampliamente, RIQUERT (2018a).

15. PALAZZI (2016) p. 37.

16. ABOSO (2020) apdo. 6: "*En el caso de las obras de arte, habrá de analizarse en cada caso si las imágenes de menores de edad guardan relación inequívoca con lo pornográfico o, por el contrario, si tal representación puede ser relacionada con ciertas formas de expresión artística que incluya a menores de edad, lo mismo ocurre muchas veces con algunas imágenes fotográficas de menores de edad (por lo general orillando los diecisiete años) asumiendo conductas eróticas o sexuales, en especial, durante el período estival. Primeramente, la doctrina había distinguido la pornografía y el arte por separado, pero en los últimos tiempos se ha admitido que la pornografía también puede ser arte*".

17. Tipos penales contemplados en los arts. 119 (abuso sexual), 125 y 128 a 130 (corrupción de menores), del Código penal argentino.

2. Ciberacoso sexual de menores (art. 131 CP)

La ley 26.904, sancionada el 13 de noviembre 2013, incorpora en el artículo 131 el delito conocido como *grooming*[18], que prevé lo siguiente: "*Será penado con prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años el que, por medio de comunicaciones electrónicas, telecomunicaciones o cualquier otra tecnología de transmisión de datos, contactare a una persona menor de edad, con el propósito de cometer cualquier delito contra la integridad sexual de la misma*"[19].

La acción típica consiste en tomar contacto con una persona menor de edad por cualquier tecnología de transmisión de datos, con el propósito de entablar con el o la menor de edad, un acercamiento para cometer un delito contra su integridad sexual. Es requisito indispensable que el contacto haya sido realizado por medios de telecomunicación, es decir que se haya dado en un entorno virtual. Si se diera en el mundo real, en todo caso, estaríamos ante una tentativa o un acto preparatorio impune[20].

El tipo penal omite distinguir, en el caso del sujeto activo, entre mayores y menores, es decir que, con la vigente redacción, agente puede serlo tanto un mayor como un menor de edad[21]. Sujeto pasivo será, exclusiva y solamente, una persona menor de edad.

Ahora bien, es posible sostener que estamos frente al castigo penal de un acto preparatorio, por lo que el estudio de la tipicidad de la conducta se debe completar con la intención de cometer un delito contra la integridad sexual del sujeto pasivo, es decir, debe verificarse la existencia de un determinado propósito en la ejecución del comportamiento típico[22]. Lo anterior, claro está, con la consabida dificultad probatoria que implica su equivocidad y el peligro que representa la extensión del universo punitivo[23].

---

18. Cuando hablamos de *grooming* hacemos referencia a "t*odas las prácticas desplegadas en línea por ciertos adultos, pederastas y pedófilos, conocidos en la red como 'groomer', para ganarse la confianza de un menor fingiendo empatía, cariño, etc. normalmente bajo una falsa identidad de otro menor, con la finalidad de satisfacer sus apetencias sexuales*". Véase VANINETTI (2013) p. 1.

19. Ampliamente, al respecto, RIQUERT (2014).

20. GRISETTI (2016) p. 1.

21. Esto no se corresponde con lo que se entiende por *grooming*, pues éste presupone que quien contacta al menor es un mayor de edad. Al respecto, véase, GRENNI y FERNÁNDEZ RÍOS (2018) p. 110.

22. En este sentido, alguna doctrina ha sostenido que la voluntad del legislador con este precepto fue adelantar la barrera de tutela con la incriminación de conductas que se caracterizan como actos preparatorios de delitos sexuales contemplados en código de fondo argentino. Al respecto, véase BUOMPADRE (2014).

23. RIQUERT (dir.) (2018b) p. 858.

Este tipo penal admite únicamente la modalidad dolosa de comisión y, además, contiene un especial elemento subjetivo distinto del dolo que consiste -como se dejó dicho con la reproducción del texto legal- en contactar a un menor de edad con el fin de cometer cualquier delito contra su integridad sexual[24].

El delito se consuma cuando se establece efectivamente contacto con el menor de forma tal que sea advertible o manifiesto el propósito ilícito de la comunicación, pues no se trata del reproche penal de cualquier contacto, sino únicamente de uno que persiga el propósito indicado[25].

3. Violación de correspondencia digital (art. 153 CP)

El artículo 153 del Código penal argentino, conforme a la redacción dada por la ley 26.388, en su primer párrafo, dispone: "*Será reprimido con prisión de quince días a seis meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida*".

Por un lado, la acción de acceso o apertura configura el acto típico mediante el cual se viola el secreto de la correspondencia, abriendo o accediendo "*indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido*". La acción de abrir se materializa con la remoción de obstáculos que impiden la lectura de su contenido. Aplicado a la comunicación electrónica, este acceso o apertura indebida puede tener lugar en diversos puntos de una red y de ello dependerá, entonces, cómo se materializa. Por ejemplo, ingresar a la cuenta de correo electrónico de una persona y revisar en su carpeta de mensajes enviados un correo que no le estaba dirigido, o en la carpeta de mensajes recibidos y acceder a dicho contenido. La apertura o acceso, como indica el legislador, debe ser realizada "indebidamente" –término que a primera vista parece ser un tanto sobreabundante en la redacción del delito–, es decir, sin derecho.

Por otro lado, el tipo penal prevé la acción típica de apoderarse indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no se encuentre cerrado. La doctrina ha dicho –postura que se comparte– que "(p)*ese a las clásicas opiniones doctrinarias, entendemos que el término 'apoderarse' no debería seguir requiriendo los elementos propios del hurto cuando es aplicado a ambientes digitales. Ello así pues si el legislador incluyó un objeto (el correo*

24. GRISETTI (2016) p. 1.

25. RIQUERT (dir.) (2018b) p. 858.

electrónico o, en forma más general, la comunicación electrónica) del cual el sujeto activo puede apoderarse (copiar) sin desapoderar. Entendemos que la interpretación debe acompañar la intención de sancionar la conducta descripta"[26].

La figura penal comentada, además, castiga a quien "*indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida*". Por ello, el delito consiste en impedir que la correspondencia en curso y no dirigida al agente llegue a su destinatario, sea sacándola (supresión) o cambiándola (desvío) de curso[27].

El artículo 153 en su segundo párrafo castiga a quien "*indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido*"[28]. La acción típica consiste en interceptar o captar comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido, y objeto del delito son las "*comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido*".

Asimismo, el artículo, en su párrafo tercero, dice que "(l)*a pena será de prisión de un mes a un año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica*". La reforma que modificó este precepto sustituyó el término "culpable" por "autor", siendo ello lógico, pues muy distinto es ser autor de un hecho que culpable del mismo[29] y, además, incorporó la "comunicación electrónica"[30].

Finalmente, la disposición regula una circunstancia que agrava el castigo penal cuando establece que "(s)*i el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la*

26. PALAZZI (2016) p. 52.

27. PALAZZI (2016) p. 53. Dice: "*Entendemos que ella está en curso mientras el destinatario final no la haya 'bajado' del servidor y no la haya abierto, es decir, no ha tomado conocimiento de ella. Incluso la comunicación puede haber llegado efectivamente a su casilla, pero podrá suceder que aquél no haya revisado aún su casilla de correo electrónico o su voice mail. El autor del hecho (alguien con acceso, como el administrador de la red) puede suprimir dolosamente el correo electrónico efectivamente recibido, pero no abierto. Todo ello será cuestión de prueba y dependerá, en gran medida, de la configuración de la red y del sistema de correo*".

28. Con este nuevo párrafo se pretende castigar las escuchas telefónicas ilegales, que hasta la sanción de la reforma no configuraban delito en la Argentina, salvo por el caso de una norma especial en la ley 25.520 de Inteligencia Nacional, que resultaba aplicable únicamente a los agentes de inteligencia (arts. 42 y 43).

29. POLAINO NAVARRETE (2016) pp. 179- 236 y ss.

30. La diferencia con el art. 155 CP, que analizaremos luego, es que aquí el autor de la publicación es al mismo tiempo el de la apertura o apoderamiento de la comunicación electrónica. Si el que publica es un tercero, resultará aplicable el art. 155 CP, y si la publicación fue hecha con el propósito de defender un interés público, encontrará tutela en el segundo párrafo de dicha disposición.

condena". El agravamiento de pena tiene sentido, ya que la realización del tipo penal por funcionarios públicos afecta la mayor responsabilidad y culpabilidad de estos sujetos que abusan de la facilidad que le brinda su propio rol funcional[31].

4. Acceso ilegítimo a datos o a sistema informático (art. 153 bis CP)

La ley 26.388 incorporó el artículo 153 bis al Código penal que en su primer párrafo dispone: "*Será reprimido con prisión de quince días a seis meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido*".

Antes de comentar algunos extremos de configuración de este delito, recordemos que por "dato informático" se entiende a la unidad mínima de información sometida a tratamiento informático o automatizado. Y, por "sistema informático", al dispositivo aislado o conjunto de dispositivos interconectados que aseguran, mediante la ejecución de un programa o software, el tratamiento automatizado de datos[32].

La aplicación de este tipo penal es subsidiaria. La acción típica, que consiste en acceder por cualquier medio a un sistema o dato informático de ingreso restringido, puede significar el comienzo material de otro proceso criminal (como estafa, daño o sustracción de datos personales), razón por la cual el legislador dispuso que solo resultará de aplicación esta figura si no resultare un delito más severamente penado.

Resulta lógico, por otro lado, que el texto legal se refiera a los sistemas o datos informáticos de acceso restringido, pues el acceso a sistemas o redes abiertas, o al contenido publicado en un sitio de Internet de acceso público, no configura un comportamiento prohibido por la ley. Será de acceso restringido un sistema o dato informático por contar con alguna medida de seguridad que impida el libre ingreso y que tendrá que sortearse para ingresar. Cualquier otra interpretación conduciría al absurdo de sancionar a quienes navegan por Internet entrando a sitios públicos[33].

Y, algo más sobre lo último. El vocablo "restringido" se opone a libre acceso, y no debe entenderse como un elemento fáctico, sino como un elemento normativo del tipo penal: cualquier persona con conocimientos avanzados de informática puede acceder a un ordenador ajeno conectado a Internet, lo que sucede con habitualidad, es una posibilidad, pero no debe hacerlo, porque es propiedad ajena. El vocablo "restringido" se refiere a la obligación de no ingresar en un ordenador ajeno[34].

31. SUERIO (2015) p. 105.

32. Definiciones recogidas en el art. 1 (a y b) del Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Budapest, 23 de noviembre de 2001). La República Argentina adhirió al Convenio por medio de la Ley 27.411 de 22 de noviembre de 2017.

33. PALAZZI (2016) p. 65.

34. LUCERO y KOHEN (2015) p. 85.

El tipo penal bajo análisis castiga la entrada por cualquier medio, por lo que el acceso no necesariamente debe ser remoto. No requiere ninguna acción adicional, como copiar o suprimir o reenviar datos, es decir, se consuma por el mero acto de acceder a un sistema o dato informático de ingreso restringido, con independencia de que luego se cometan otros delitos[35].

Asimismo, el artículo 153 *bis* dispone en su segundo párrafo que "(l)*a pena será de un mes a un año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros*". Con este último párrafo, el legislador incrementa la escala penal de la figura legal básica por considerar que el acceso en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal, o de un proveedor de servicios públicos o financieros, configura un supuesto que merece una protección penal especial[36].

5. Publicación ilegal o abusiva de comunicación electrónica (art. 155 CP)

La redacción dada por ley 26.388 al artículo 155 reprime con multa al "*que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros*".

La otrora disposición castigaba la publicación indebida de correspondencia, la revelación del secreto profesional y la de hechos, actuaciones o documentos que por la ley deban quedar secretos. Hoy, tras la reforma de 2008, se castiga también a quien publica una comunicación electrónica[37].

El sujeto activo del delito es el que la da a conocer encontrándose en posesión de la comunicación electrónica. El ofendido por este delito, por otro lado, es el remitente, porque es él quien tiene derecho de disponer de lo que comunica, pero también se ha dicho que el destinatario puede ser ofendido cuando un tercero hace la publicación, e incluso se le atribuye esa calidad al tercero perjudicado por la publicación[38].

El objeto del delito es la correspondencia, es decir, toda comunicación electrónica, pliego cerrado, despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad dirigido por una persona a otra u otras, que exprese pensamientos e ideas por ese medio[39].

35. RIQUERT (dir.) (2018b) p. 1163.
36. LUCERO y KOHEN (2015) p. 90.
37. RIQUERT (dir.) (2018b) p. 1172.
38. LUCERO y KOHEN (2015) p. 92.
39. RIQUERT (dir.) (2018b) p. 1175.

Por otro lado, la ilegitimidad del hecho resulta del juego de las expresiones "indebidamente" y "no destinada a la publicidad". Por ello, deja de ser indebida la publicidad cuando median causas de justificación o el consentimiento del remitente que, en este caso, es el interesado. La publicación de la correspondencia con consentimiento de la víctima implica que quien la difunde actúa debidamente y por eso no comete el delito que venimos estudiando[40].

Se agrega un segundo párrafo al artículo 155, que regula un supuesto de exención de responsabilidad penal: "*Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público*". En verdad, este supuesto permite al agente demostrar el interés público de lo que ha publicado y, en tal caso, verse exento de responsabilidad penal[41].

6. Revelación de secretos oficiales (art. 157 CP)

En consonancia con las reformas introducidas en los artículos 153 y 155 arriba analizados, se sustituye el artículo 157 del Código penal por el siguiente texto: "*Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación especial de uno a cuatro años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos*".

El tipo penal bajo análisis, cuya acción típica consiste en revelar hechos, actuaciones, documentos o datos que por ley deben ser secretos, se configura como un delito especial, restringiéndose en consecuencia el círculo de sujetos activos al funcionario público que se encuentre en la obligación de guardar un secreto.

El legislador ha incorporado a los "datos" con el fin de proteger información almacenada en un sistema digital, requiriendo que esos datos tengan el carácter de secretos. Denominamos datos a "*cualquier medio de información ya sea electrónico, en soporte papel y/o cualquier otro soporte idóneo. El llamado dato electrónico abarca a bases, archivos, documentos de texto, imágenes, voz y video codificados en forma digital*"[42].

Con acierto se ha dicho que "*el tipo penal requiere una norma expresa que diga que esos datos son secretos. Es que el principio general en la Administración pública es la transparencia y publicidad de actos y documentos de gobierno (lo que incluye datos), por lo que una pauta adecuada para determinar qué es secreto y qué no lo es deberá recaer necesariamente en exigir una ley que así lo disponga. Solo de esta manera se salva el principio de taxatividad penal*"[43].

40. PALAZZI (2016) p. 75.

41. Al respecto, solo un breve comentario: estar exento de responsabilidad penal no significa que no haya delito. Véase, sobre supuestos de exención de responsabilidad penal, POLAINO NAVARRETE (2016) pp. 22 y 168 y s.

42. Ampliamente, SORBO (2013).

43. PALAZZI (2016) p. 31.

Nos encontramos frente a un tipo penal que se configura con el conocimiento por parte del agente de que el dato es secreto y que su divulgación se encuentra prohibida, por lo cual únicamente resulta típica la modalidad dolosa de este delito[44].

Se admite la tentativa en este delito, pero cierto es que su prueba es sumamente compleja, pues aquélla se produce cuando el tercero toma conocimiento del secreto sin que se produzca el daño. Si se produce tal daño, salimos de la figura de la tentativa. Dicho lo anterior de otro modo, si el secreto se mantiene "guardado" en el tercero que no debe conocerlo y no se puede probar que ese secreto fue suministrado por el funcionario público, estamos frente a una prueba imposible[45].

7. Acceso ilegítimo, difusión o alteración de datos personales (art. 157 bis)

La ley 26.388 modifica el artículo 157 *bis*, que queda redactado de la siguiente manera: "*Será reprimido con la pena de prisión de un mes a dos años el que: 1) a sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales; 2) ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley; 3) ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales. Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años*".

El tipo penal reprime a quien ingrese a un banco de datos personales sin autorización ni permiso alguno, a quien revelare secretos o archivos obrantes en ese banco de datos y a quien los modifique por cualquier medio. Se agrava la pena si el sujeto activo es un funcionario público[46].

La figura del inciso primero consiste en acceder ilegítimamente y a sabiendas, de cualquier forma, a un banco de datos personales[47], siendo claro que solo se admite la modalidad dolosa de este tipo penal. Además, de acuerdo con la redacción del tipo penal, se puede cometer "o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos". Sostenemos que esta conjunción alternativa ("o") carece de sentido, pues la expresión en la figura "a sabiendas e ilegítimamente" no puede operar como una

44. RIQUERT (dir.) (2018b) p. 1208.

45. LUCERO y KOHEN (2015) p. 99.

46. Esta figura se encuentra estrechamente relacionada con la protección de datos personales establecidos en la Ley 25.326, de 2000, que incorporó las figuras del acceso ilegítimo a un banco de datos y revelación ilegítima de información.

47. La Ley 25.326, de 2000 (Protección de Datos Personales), en su art. 2 define el archivos, registro, base o banco de datos de la siguiente forma: "*Indistintamente, designan al conjunto organizado de datos personales que sean objeto de tratamiento o procesamiento, electrónico o no, cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso*".

alternativa a la modalidad comisiva "violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos". No solo eso, sino que tal violación implica un "a sabiendas¨, como dice la figura, lo que igualmente ya estaba implícito. Entonces, el "o" puede interpretarse únicamente como una opción y no como alternativa a cuando no se actúe a sabiendas e ilegítimamente, elementos que, para que se configure este tipo penal, deben estar presentes[48].

El segundo inciso de la disposición castiga al que ilegítimamente proporcione o revele a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley. En la modificación del inciso se incorporó el vocablo "archivo" y la expresión "ilegítimamente proporcionare", términos que no estaban previstos en la otrora disposición.

Con el primer añadido, la información registrada, además de poder encontrarse en un banco de datos personales, puede hallarse en un simple "archivo", lo que permite alcanzar a un universo mayor de conductas. El verbo "proporcionar" consiste en hacer lo necesario para que una persona tenga algo que necesita, facilitándoselo o dándoselo, y el tipo penal exige que el agente se encuentre obligado a preservar la información[49].

Por otro lado, el término "ilegítimamente" reclama estudiar si la revelación de los datos es o no legítima de acuerdo al sistema normativo vigente. Ello alude al cumplimiento de la ley 25.326 y sus reglamentaciones, que es el cuerpo normativo que regula el uso de datos personales en el ordenamiento jurídico argentino[50].

El último inciso sanciona al que "*ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales*". Este comportamiento se encontraba castigado con algunas diferencias en el artículo 117 *bis* del Código penal, siendo la nueva ubicación en el articulado una decisión motivada en identificar la modalidad delictiva estudiada con la tutela del honor en el caso de afectación de datos falsos[51].

La novedad que trae consigo la ley 26.388 con este tercer y último inciso radica en la eliminación del término "falsos", decisión legislativa que ha sido explicada del siguiente modo: "*Pareciera que la conducta reprochada podría encontrarse alcanzada por las previsiones legales del artículo 117 bis. Sin embargo, si bien este artículo en su inciso 1° reprime con pena de prisión de un mes a dos años al que "insertara o hiciera insertar a sabiendas datos falsos en un archivo de datos personales", no puede soslayarse su ubicación sistemática dentro del Código Penal, por lo que si tene*

48. PALAZZI (2016) p. 88.

49. CHERÑAVSKY *et al.* (2018) p. 145.

50. Ello importa tener muy en claro que la ley 25.326 está compuesta por una serie de principios generales como el consentimiento, la cesión de datos y, también, por regímenes especiales (arts. 25, 26 y 27).

51. LUCERO y KOHEN (2015) p. 164 y s.; PALAZZI (2016) p. 91.

mos en cuenta el bien jurídico protegido por el título la nueva figura parece limitarse sólo a la inserción de datos falsos que disminuyan el honor. Por tal motivo, la única interpretación adecuada del citado artículo, es la de considerar que contempla las acciones que desacreditan o deshonran, pese a que ello no surge del texto de la ley"[52].

8. Estafa o fraude informático (art. 173, inc. 16 CP)

La ley 26.388 incluyó en el artículo 173 del Código penal, como nuevo inciso 16, el siguiente texto: "*El que defraudare a otro mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos*".

Con esta nueva modalidad de defraudación se pretende dar respuesta a algunas situaciones patrimoniales abusivas relacionadas con la informática, y superar el problema vinculado a la imposibilidad de estafar a una máquina u ordenador[53]. Así, justamente, "*desaparecen las hipótesis de atipicidad que se daban por no concurrir en el caso concreto la secuencia tradicional de la estafa (ardid o engaño, error, disposición patrimonial perjudicial), en especial el engaño a otro a que hace referencia el art. 172 del Cód., que requiere para su determinación el engaño a otra persona física*"[54].

El inciso 16 del artículo 173 recepta una nueva modalidad de estafa informática que tiene lugar "*mediante cualquier técnica de manipulación informática que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos*". Con esa expresión, el legislador parece abarcar un amplio abanico de posibilidades, restringiendo sí la técnica: debe ser una "*que altere el normal funcionamiento de un sistema informático o la transmisión de datos*".

La acción genérica de alterar el normal funcionamiento puede recaer sobre un sistema informático o sobre la transmisión de datos, entendiéndose por este último supuesto el caso en que, sin alterar el sistema informático, se lo engaña en la recepción de información, por ejemplo, impidiendo el funcionamiento validación de datos[55].

52. En estos términos lo fundamentó la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, en la 13° Reunión, continuación de la 5° Sesión ordinaria, de 4 de junio de 2008, en el marco del debate parlamentario de la Ley 26.388.

53. En estos términos lo fundamentó la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, en la 13° Reunión, continuación de la 5° Sesión ordinaria, de 4 de junio de 2008: "*Con relación al 'fraude informático' existió coincidencia en cuanto a la conveniencia de incorporarlo dentro del capítulo sobre las defraudaciones, y despejar definitivamente las dudas suscitadas en los tribunales sobre en qué tipos de delitos contra la propiedad debe subsumirse la conducta*".

54. BUOMPADRE (2017) p. 476.

55. PALAZZI (2016) p. 181.

Además, para que se configure el tipo penal que venimos describiendo deben darse los elementos de la estafa: una disposición patrimonial por parte de la máquina o de un tercero que entrega un bien o el acceso a un servicio o información a la que no tenía derecho sin pagarlo según los términos del servicio. Y, como todo delito contra el patrimonio, requiere que exista perjuicio patrimonial y ello se debe producir mediante dicha disposición patrimonial.

Podríamos mencionar varias y diversas modalidades de estafa informática cuyo análisis excede lógicamente el objeto de este estudio, pero sí haremos una brevísima referencia al *phishing*, que es una modalidad que consiste en remitir un correo electrónico engañoso a un cliente para que revele información personal, como número de tarjeta de crédito o débito o clave de cuenta bancaria, a través de sitios *web* simulados o en una respuesta de correo electrónico[56]. Este delito, que se configura con el robo o sustracción de la identidad del sujeto pasivo, no parece ser el típico delito informático, siendo por ello un tema para un particular análisis, que como se dijo rebasa el contenido del presente.

9. Daño en datos y sistemas informáticos (art. 183 y 184 CP)

El artículo 10 de la ley 26.388 incorpora como segundo párrafo del artículo 183, el siguiente texto: "*En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños*".

La reforma en cuestión buscó dar respuesta a una de las más sentidas discusiones, vinculadas al alcance de los tipos penales tradicionales de daño, particularmente en aquellos supuestos de modalidades de daño cometido mediante TIC. En el marco de esas discusiones, algunos autores sostuvieron que la tipificación del daño a una cosa mueble podría comprender alguna de las nuevas realidades, pero naturales fueron las objeciones de analogía, por lo que de *lege ferenda* se formularon otras propuestas: o el agregado en el tipo penal existente del término "intangible" a la lista de elementos pasibles de daño, o el dictado de una nueva ley especial[57].

El legislador penal de 2008 parece haber escuchado las voces que reclamaban una modificación en el sentido antes expuesto, adaptando la legislación penal a este fenómeno delictivo con la incorporación pertinente[58].

56. CHERÑAVSKY (2019); GRIS MUNIAGURRIA *et al*. (2018).

57. RIQUERT (dir.) (2018b) pp. 1592 y s.

58. Al respecto, consúltese sentencia dictada por la Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala VI, en el marco del caso *Pinamonti, Orlando M*. (1993). El resolutorio sostuvo que, si bien el *software* es una obra intelectual protegida por la ley Nº 11.723, de la propiedad intelectual, su desaparición o destrucción no estaba contemplada entre las conductas que esta ley

Cabe destacar que, en el contexto en el cual se ejecuta el delito (informático) se entiende por "destruir" o "inutilizar" la acción de eliminar definitivamente, es decir, sin posibilidad de recuperación. Que exista un sistema de *back-up* no modifica el delito de daño, pues la restauración requiere un esfuerzo que trae consigo la reparación del daño causado.

Y, en lo que su parte final se refiere, el tipo penal consagra un delito de peligro[59] pues dispone que quien vende, distribuye, hace circular o introduce en un sistema informático un "virus", aun cuando no se utilice, será sancionado penalmente. Es que salvo aislados casos en que hay un interés académico, esta clase de programa está indiscutiblemente destinado a dañar[60].

Analicemos, además, el artículo 184, que también experimentó un cambio con la ley 26.388, cuyos incisos 5 y 6 quedan redactados del siguiente modo: "*La pena será de tres (3) meses a cuatro (4) años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes: (...).*

5. Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos;

6. Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público".

El quinto párrafo regula un agravamiento de la sanción penal en virtud del objeto, cuyo alcance amplió la ley 26.388 con la inclusión de los "datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos". Se trata de un incremento de pena que responde al interés general en tono a la conservación de los objetos que menciona el precepto[61].

Con relación al inciso sexto, la doctrina ha señalado: "*He manifestado anteriormente que coincido en el agravamiento de la pena si los daños son sobre sistemas de servicios públicos que afectarán a la sociedad en su conjunto. Ahora bien, supongamos un ataque a los sistemas informáticos de energía (Edenor, Edesur), lo cual ocasiona que toda la Ciudad se vea gravemente afectada por un período de tiempo prolongado lo cual sin duda alguna podrá acarrear un sin número de problemas tanto a la población como quizá al propio sistema de seguridad nacional*"[62]. Por ello, la perfección

penaliza, por lo que tal comportamiento resulta atípico. Textualmente: "*Ello es así porque al no revestir la calidad de cosa -cosa es solo soporte- tampoco es aprehendida por la figura descripta en el art. 183 del Código Penal*".

59. POLAINO NAVARRETE (2016) p. 115.

60. PALAZZI (2016) p. 112.

61. HUÑIS (2007) p. 865.

62. LUCERO y KOHEN (2015) p. 145.

de un delito de daño informático agravado podría dar lugar también a la figura de estrago doloso, siendo por esto válida la postura que sostiene que debería haberse incorporado al artículo 186 del Código penal esta nueva figura[63].

Por lo demás, se ha dejado dicho que "*correspondería que una futura reforma prevea mayores penalidades tanto para los autores que atentan contra la integridad de dichos sitios como para los funcionarios encargados de su mantenimiento y actualización. En este sentido, resulta fundamental prever también una sanción penal para el incumplimiento a dichos deberes de mantenimiento y actualización los que deberán ser taxativamente enumerados*"[64].

10. Interrupción o entorpecimiento de comunicaciones electrónicas (art. 197 CP)

El artículo 197 del Código penal, modificado por la ley 26.388, dispone que: "*Será reprimido con prisión de seis (6) meses a dos (2) años, el que interrumpiere o entorpeciere la comunicación telegráfica, telefónica o de otra naturaleza o resistiere violentamente el restablecimiento de la comunicación interrumpida*".

El tipo legal castiga penalmente acciones que pueden configurar dos figuras autónomas entre sí: la primera, interrumpir o entorpecer la comunicación; y, la segunda, resistir violentamente su restablecimiento.

Por la primera figura señalada -interrumpir o entorpecer la comunicación-, entendemos el acto de estorbar, dificultar, retardar, obstaculizar, sin llegar a interrumpir el funcionamiento de los servicios de comunicación. La segunda figura, por su parte, que es resistir violentamente el restablecimiento del servicio de comunicación, tiene lugar a la postre de haber sido interrumpido dicho servicio e implica un despliegue de energía física contra la labor de las personas que buscan reconectar el sistema de telecomunicaciones dañado. Esta acción puede ser llevada a cabo por el mismo sujeto que interrumpió el servicio o por un tercero ajeno a tal conducta[65].

La ley 26.388 ha modificado el tipo penal con el agregado de la expresión "o de otra naturaleza", ampliando de este modo la configuración del delito. Tras la reforma de 2008, la figura ampara cualquier clase de comunicación, incluyendo las privadas, como el correo electrónico, la voz por medio de IP o los mensajes de chat o de texto a través de celulares (SMS)[66].

63. Art. 186 CP, que castiga a quien causare incendio, explosión o inundación. Véase LUCERO y KOHEN (2015) p. 145.

64. CHERÑAVSKY *et al*. (2018) p. 149.

65. RIQUERT (dir.) (2018c) pp. 1722 y s.

66. Tal incorporación se encuentra justificada, pues las comunicaciones resultan elementos indispensables en nuestra realidad: vivimos en la denominada "Sociedad de la Información", basada precisamente en las comunicaciones. En este sentido: SUERIO (2014) p. 10.

El delito se consuma con la verificación de la creación de un riesgo para la "seguridad común". Antes de ello, solo podemos considerar el castigo de la conducta en grado de tentativa[67].

11. Alteración de medios probatorios (art. 255 CP)

El artículo 255 del Código penal, tras la reforma de 2008, quedó redactado del siguiente modo: "*Será reprimido con prisión de un (1) mes a cuatro (4) años, el que sustrajere, alterare, ocultare, destruyere o inutilizare en todo o en parte objetos destinados a servir de prueba ante la autoridad competente, registros o documentos confiados a la custodia de un funcionario público o de otra persona en el interés del servicio público. Si el autor fuere el mismo depositario, sufrirá además inhabilitación especial por doble tiempo. Si el hecho se cometiere por imprudencia o negligencia del depositario, éste será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta ($ 750) a pesos doce mil quinientos ($ 12.500)*".

La redacción de la figura legal transcripta ha experimentado las siguientes modificaciones con la ley 26.388: *i*, se incorporó el verbo típico "alterar" con el fin de proteger los sistemas informáticos de cualquier tipo de modificación; *ii*, se incorporó, también, la expresión "en todo o en parte", resultando posible un menoscabo total o parcial, siempre definitivo, del objeto en cuestión; y, *iii*, el término "culpable" ha sido sustituido por "autor", siguiendo la técnica de reforma del artículo 153 antes comentado.

Los verbos típicos son sustraer, ocultar, destruir o inutilizar: "*sustrae quien saca la cosa de la esfera de custodia de la que se encuentra, aunque sea momentáneamente, sin que sea necesario exigir apoderamiento. Oculta quien la esconde. Y destruye quien la menoscaba materialmente. Inutilizar algo es tornarlo inidóneo para sus fines*"[68].

Por lo demás, este delito se configura como un delito común, por lo que cualquiera puede ser sujeto activo. Sujeto pasivo del delito es aquel que tiene la custodia de los elementos de prueba. Admite únicamente la modalidad dolosa, pues quien incurre en el comportamiento típico lo hace a sabiendas del carácter de medios probatorios de los elementos en custodia.

El delito se consuma cuando, mediante la comisión de alguna de las conductas típicas, se quebranta la custodia de los objetos a cargo del agente. Y este tipo penal admite tentativa, pues si la alteración permite su recuperación, la prueba seguiría intacta[69].

67. RIQUERT (dir.) (2018c) p. 1724.

68. RIQUERT (dir.) (2018c) p. 1987.

69. LUCERO y KOHEN (2015) p. 158.

12. Otros tipos penales facilitados por TIC

Dispersos en el articulado del Código penal y sin una ordenación sistemática común y homogénea, encontramos otros tipos penales que utilizan TIC para la comisión[70]. En este sentido, "(n)*o hay que perder de vista que como correlato del avance de Internet en gran parte en nuestras interacciones sociales, los delitos tradicionales actualmente son reproducidos y cometidos a través de las tecnologías de la información y la comunicación (TICs), dado que el medio digital les ha permitido ampliar el espectro de destinatarios y por ende llegar a mayor número de víctimas en menor tiempo y sin necesidad de inmediación física, con el solo requisito de poseer un dispositivo conectado a la red*"[71].

Sin ánimo exhaustivo o de *numerus clausus*, podemos mencionar los siguientes delitos regulados en el Código penal argentino, sumergidos en ese universo de cibercriminalidad: calumnia o falsa imputación (artículo 109), injuria (artículo 110), publicaciones obscenas y corrupción de menores (artículos 125 a 128), trata de personas menores de edad (artículos 145 *bis* y 145 *ter*), amenazas (artículo 149 *bis*), divulgación de secretos (artículo 156), extorsión (artículo 168), chantaje o amenaza de imputaciones contra el honor o violación de secretos (artículo 169), defraudación haciendo suscribir con engaño algún documento (artículo 173, inciso 3), estafa procesal (artículo 173, inciso 8), comercialización y suministros de medicamentos sin autorización (artículo 209), intimidación pública (artículo 211 y 212) y apología del delito (artículo 213).

III. Reflexiones finales

1. Los delitos informáticos no responden más que a la adaptación del ordenamiento jurídico-penal a una nueva realidad construida por la cultura TIC, siendo por ello un fiel reflejo de la sociedad tecnológica imperante derivada de la simbiosis entre Derecho y nuevas tecnologías.
2. La sinergia Derecho y nuevas tecnologías plantea nuevos interrogantes y desafíos jurídico-penales que reclaman una reformulación de la configuración clásica que hasta ahora teníamos del Derecho penal. Aquella conjunción, supondrá el futuro de una nueva disciplina científica objeto de análisis para los juristas, y con ella, naturalmente, una nueva especie de delitos informáticos.
3. La criminalidad informática no es ignorada por el legislador penal argentino: su realidad y presencia son incuestionables, y los efectos ocasionados pueden resultar demoledores. En este contexto, el moderno Derecho penal ha de combatir estas nue

70. SAÍN (2018) p. 46. Agrega el autor: "*Los delitos informáticos, en cambio, son todos aquellos hechos ilícitos que utilizan como medio y como fin algún dispositivo informático para su comisión*".
71. CHERÑAVSKY *et al.* (2018) p. 152.

vas prolíficas manifestaciones delictivas, especialmente por medio de eficaces medidas de prevención criminal, al servicio de las exigencias de la estabilidad y salvaguarda de los valores reconocidos en la sociedad actual.

Referencias bibliográficas

ABOSO, Gustavo (2020): "La nueva regulación del delito de distribución de pornografía infantil a la luz de la reforma de la ley 27.436 (Art. 128 del Código Penal argentino)". Disponible en: elDial.com - DC2A5C. [Fecha de consulta 27 de julio de 2020].

BUOMPADRE, Jorge (2017): *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 3° reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires.

BUOMPADRE, Jorge (2014): "*Grooming*". Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40272-grooming. [Fecha de consulta: 23 de junio de 2020].

CHERÑAVSKY, Nora (2019): *"Falsos perfiles en internet y derecho penal"*. En *Temas de Derecho penal y procelas penal* (Buenos Aires, Editorial Erreius) pp. 227-239.

CHERÑAVSKY, Nora, GRIS MUNIAGURRIA, Pablo y MOREIRA, Diógenes (2018): *"A diez años de la ley de delitos informáticos. Balance y propuestas"*. En *Sistema penal e informática. Ciberdelitos. Evidencia digital. Tics* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi, volumen 1), pp. 129-160.

DUPUY, Daniela (2018): *"La pornografía infantil y la tenencia recientemente legislada"*. En *Cibercrimen y delitos Informáticos: los nuevos tipos penales en la era de Internet*, Suplemento Especial (Buenos Aires, Editorial Erreius), pp. 91-100.

FIGARI, Rubén (2018): "Comentario al art. 128 del C.P. (Ley 27.436) sobre pornografía infantil". Disponible en: http://pensamientopenal.com.ar/doctrina/47068-comentario-al-articulo-128-del-codigo-penal-ley-27436-sobre-pornografia-infantil. [Fecha de consulta: 23 de junio de 2020].

GRENNI, Lucas y FERNÁNDEZ RÍOS, Rodrigo (2018): *"La previsión normativa del tipo penal de grooming en la Argentina"*. En *Cibercrimen y delitos Informáticos: los nuevos tipos penales en la era de Internet*, Suplemento Especial (Buenos Aires, Editorial Erreius), pp. 101-120.

GRISETTI, Ricardo (2016): *"El grooming. Una nueva modalidad delictual"*. En *Revista Jurídica Argentina La Ley*, La Ley, tomo 2016-D, Julio de 2016.

GRIS MUNIAGURRIA, Pablo, CHERÑAVSKY, Nora y MOREIRA, Diógenes (2018): *"'Phishing': abordaje del fenómeno desde la prevención y la investigación"*. En *Sistema penal e informática. Ciberdelitos. Evidencia digital. Tics* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi, volumen 2), pp. 117-135.

HUÑIS, Ricardo (2007): "Comentario a los artículos 183/184". En *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Buenos Aires, Editorial Hammurabi, tomo VII), pp. 825-847.

LUCERO, Pablo y KOHEN, Alejandro (2015): *Delitos informáticos* (Buenos Aires, Editorial Albrematica).

PALAZZI, Pablo (2016): *Los Delitos Informáticos en el Código Penal. Análisis de la ley 26.388* (Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 3° edición actualizada y ampliada).

POLAINO NAVARRETE, Miguel (2016): *Lecciones de Derecho penal, Parte general* (Madrid, Editorial Tecnos, tomo II, 2a. edic. corregida y actualizada).

RIQUERT, Marcelo (2020): *"Difusión inconsentida de imágenes sexuales de tercero en tiempos de pandemia".* Disponible en: elDial.com - DC2B37. [Fecha de consulta: 28 de julio de 2020].

RIQUERT, Marcelo (2018a): *"Tenencia simple de pornografía infantil y figuras conexas"*. En *Cibercrimen y delitos Informáticos: los nuevos tipos penales en la era de Internet*, Suplemento Especial (Buenos Aires, Editorial Erreius), pp. 69-90.

RIQUERT, Marcelo (dir.) (2018b): *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado* (Buenos Aires, Editorial Erreius, Tomo II).

RIQUERT, Marcelo (dir.) (2018c): *Código Penal de la Nación. Comentado y Anotado* (Buenos Aires, Editorial Erreius, Tomo III).

RIQUERT, Marcelo (2014): *"El 'cibergrooming': nuevo art. 131 del CP y sus correcciones en el 'Anteproyecto' argentino de 2014".* En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, año IV, N° 1, febrero de 2014. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/04/doctrina45151.pdf. [Fecha de consulta: 26 de julio de 2020].

SAÍN, Gustavo (2018): *"La estrategia gubernamental frente al cibercrimen: la importancia de las políticas preventivas más allá de la solución penal"*. En *Cibercrimen y delitos Informáticos: los nuevos tipos penales en la era de Internet*, Suplemento Especial (Buenos Aires, Editorial Erreius), pp. 7-32.

SORBO, Hugo (2013): *"Delitos Informáticos. Aspectos a tener en cuenta de la Ley 26.388"*. Disponible en: http://server1.utsupra.com/doctrina1?ID=articulos_utsupra_02A00376672921. [Fecha de consulta: 13 de julio de 2020].

SUERIO, Christian (2018): *"Ciberataques y la propuesta del Anteproyecto de reforma integral al Código Penal de la Nación"*. Disponible en: elDial.com - DC263A. [Fecha de consulta: 20 de junio de 2020].

SUERIO, Christian (2015): *Criminalidad informática* (Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc).

SUERIO, Christian (2014): *"La criminalidad informática en el proyecto de ley de reforma, actualización e integración al Código Penal de la Nación"*. En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, La Ley, Nº 6, pp. 10-40.

VANINETTI, Hugo (2013): *"Inclusión del 'grooming' en el Código Penal"*. En *Revista Jurídica Argentina La Ley*, La Ley, tomo 2013-F-1200, diciembre de 2013.

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DICIEMBRE 2020 • E-ISSN 0719-2150 • VOL. 11 • Nº 2. PÁGS 145-176
RECIBIDO 08/09/2020 - APROBADO 10/12/2020
DOI 10.7770/RCHDCP-V11N2-ART2335

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

¿Crisis del presidencialismo o crisis de la presidencia? El liderazgo presidencial de Sebastián Piñera[1]

Crisis of presidentialism or crisis of the presidency? The presidential leadership of Sebastián Piñera

Carlos Huneeus Madge[2]
Universidad de Chile, Chile

Mariana Pastén Guzmán[3]
Universidad Alberto Hurtado, Chile

> "Le he señalado a Sebastián (Piñera), en más de una oportunidad, que no se puede ser protagonista de la política y simultáneamente activista de los negocios. Aquí hay que escoger: el que entre en la política abandona los negocios; Y el que está en los negocios, debe abandonar la política"[4].

RESUMEN El presente artículo analiza el liderazgo del Presidente Sebastián Piñera a lo largo del "estallido social" y sus consecuencias en el proceso político durante su segundo gobierno. La tesis guía es que el liderazgo presidencial es una variable indispensable para comprender el presidencialismo y la presidencia, en este caso de Sebastián Piñera. Nuestro punto de partida es que Piñera posee un liderazgo pobre según la definición de Helms[5], al no reunir las habilidades requeridas para ser un presidente efectivo, especialmente en su débil

1. Agradecemos los comentarios de los evaluadores de la primera versión, del editor del área de ciencia política de la revista, de Carlos Tromben y Rodrigo Cuevas.

2. Carlos Huneeus Madge es Doctor en Ciencia Política de la Universidad de Heidelberg (Alemania). Actualmente se desempeña como académico de Ciencia Política en la Universidad de Chile (Chile). Mail: chuneeus@derecho.uchile.cl

3. Mariana Pastén Guzmán es Cientista Política de la Universidad Alberto Hurtado (Chile). Actualmente se desempeña como ayudante de investigación del profesor Carlos Huneeus. Mail: mariana.pastenguzman@gmail.com

4. Citado por DAZA y DEL SOLAR (2017) p. 221.

5. HELMS (2012).

inteligencia emocional, que llegó a ser una discapacidad emocional de acuerdo a la definición de Greenstein[6]. Estas debilidades del liderazgo están influidas por su experiencia como hombre de negocios y su inexperiencia política.

PALABRAS CLAVE Liderazgo; presidencialismo; presidencia; crisis.

ABSTRACT This article analyzes the leadership of President Sebastián Piñera throughout the "social outbreak", and its consequences for the political process during his second government. The guiding thesis is that presidential leadership is a crucial variable for an understanding of presidentialism and the presidency, in this case of Sebastián Piñera. Our starting point is that Piñera's leadership is poor according to the definition of Helms (2012), since he does not have the skills required to be an effective president; this is especially the case of his weak emotional intelligence, which is an emotional disability according to the definition of Greenstein (2000). These leadership weaknesses are influenced by his experience as a businessman and his political inexperience.

KEYWORDS Woman; Leadership; presidentialism; presidency; crisis.

El problema

Los cambios en los regímenes políticos son gatillados por hechos puntuales, que actúan como precipitantes de carencias y limitaciones del sistema político. Bajo una aparente normalidad, un conflicto latente en la sociedad, no percibido por los gobernantes, sorpresivamente se transforma en un conflicto sistémico por el impacto de un hecho puntual. El aumento de la tarifa del Metro fue el precipitante de la protesta social[7], que remeció al país y paralizó al Gobierno.

Desde el 18 de octubre de 2019 ("el 18-O", "el estallido social", como se le conoce) se produjo una protesta social inédita en su magnitud y alcances políticos, sin que ningún partido la hubiese convocado[8]. Los manifestantes protestaron por los altos costos de la educación y los servicios de salud, las bajas pensiones que entregaban las AFP, exigiendo su fin ("No + AFP"), los abusos de casas comerciales (*La Polar*) y la colusión de precios por varias empresas (farmacias, pollos, papel higiénico y pañales, el *conforgate*). También había malestar hacia empresas que proveían bienes públicos (sanitarias y electricidad) que tuvieron fallas en el servicio que perjudicaron a decenas de miles de hogares. En la práctica, cada hogar se vio perjudicado por alguno de estos abusos.

6. GREENSTEIN (2000).

7. Empleamos el concepto precipitante en la definición de MAC-IVER (1948).

8. Sobre el estallido social, véase AVENDAÑO y ESCUDERO (2020); HUNEEUS (2020).

El 25 de octubre más de un millón de personas se congregaron en Santiago, la mayor manifestación desde la campaña del No en el plebiscito de 1988, que gatilló el fin del régimen de Pinochet. Los manifestantes no portaron banderas de los partidos de oposición; tampoco participaron dirigentes o parlamentarios. La manifestación mostró a los chilenos y al mundo cuán alejados están los partidos de la ciudadanía y cuán complejo sería cerrar esa gran brecha.

También sorprendió la violencia empleada por grupos minoritarios contra bienes públicos y privados, destruyendo entre el 19 de octubre y el 27 de noviembre 67 estaciones del Metro y que en los días siguientes saquearon o incendiaron decenas de supermercados y locales comerciales, la mayoría de ellos en la periferia de la capital[9]. Estas acciones desbordaron la acción de Carabineros[10], cuyos efectivos actuaron con extrema violencia, con graves atropellos a los derechos humanos. Estos fueron condenados por los principales organismos internacionales de defensa de los derechos humanos, los mismos que décadas atrás condenaron a la dictadura[11].

El estallido social fue de la mayor importancia porque fue una *coyuntura crítica*[12], que produjo importantes cambios en el sistema político. Fue provocado por legados de la dictadura de Pinochet, destacando la Constitución de 1980, redactada siguiendo el modelo de una democracia protegida y autoritaria, con tutela militar y pluralismo político limitado[13]. En segundo lugar, por singularidades del cambio de régimen -por la reforma en el procedimiento, sin **ruptura** en el contenido democrático[14]-, con importantes continuidades, destacando la permanencia del general Pinochet como comandante en jefe del Ejército durante ocho años, el sistema económico que es de economía de *mercado puro de acuerdo* a la tipología de Linz y Stepan[15], que es incompatible con una democracia moderna. En tercer lugar, por decisiones de los nuevos gobernantes, entre las cuales destaca haber optado más por la continuidad que por la

9. https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2019/10/30-11-19.pdf.

10. Carabineros estaba sacudido por casos de corrupción que involucraban a varios oficiales superiores, graves atropellos a los derechos humanos ante el conflicto en La Araucanía que terminaron con la muerte de comuneros mapuches (caso Catrillanca) y acusaciones de obstrucción a la justicia. Para enfrentar esta crisis, el presidente llamó a retiro a dos cuerpos de generales en el plazo de un año, siendo sustituidos por coroneles que no tenían experiencia de mando y, por ello, baja confianza en los suboficiales. Por otro lado, Piñera tuvo cuatro ministros del Interior en cuatro años.

11. Una cronología de las primeras tres semanas de estallido social se encuentra en https://www.emol.com/noticias/Nacional/2019/11/08/966621/Cronologia-Tres-semanas-crisis-Chile.html.

12. COLLIER y COLLIER (1991).

13. HUNEEUS (2016).

14. Usamos los conceptos empleados para analizar la transición a la democracia en España, HUNEEUS (1985).

15. LINZ y STEPAN (1996).

reforma del sistema económico y haber descuidado a los partidos. Esta continuidad y algunas decisiones de los gobiernos democráticos, dieron origen a una democracia con adjetivo, una democracia semisoberana[16].

Estos legados condujeron a una crisis de legitimidad del sistema económico, sin haberse legitimado por su desempeño, con los buenos resultados macroeconómicos y la reducción de la pobreza[17]. A ello se suma una crisis de representación del sistema político, con baja participación electoral (49,1% votó en la segunda vuelta de las elecciones presidenciales de 2017); escasa confianza en las instituciones (la confianza en los partidos es de un dígito desde hace años) y las elites políticas, especialmente los parlamentarios; y el debilitamiento de los partidos y la fragmentación del sistema de partidos, especialmente en la izquierda[18].

La coyuntura crítica produjo legados que tendrán efectos duraderos. Habrá una nueva Constitución, que surgirá del proceso constituyente convocado por el *Acuerdo por la Paz y la Nueva Constitución* del 15 de noviembre de 2019 suscrito entre los partidos de gobierno y de la oposición[19], el cual dio un cauce institucional al conflicto social. La nueva Constitución representa un cambio de vastos alcances ya que significará poner fin a la Constitución de 1980, el más importante legado de la dictadura de Pinochet.

La nueva Constitución fue una antigua demanda de la oposición, fue rechazada por la Unión Demócrata Independiente (UDI) y las organizaciones empresariales, mientras Renovación Nacional (RN) estuvo abierto a aceptar a poner fin a la Constitución de 1980[20]. El programa del gobierno de Sebastián Piñera no consideró una nueva Constitución, sino reformas a la de 1980[21].

Este artículo analiza el liderazgo del Presidente Sebastián Piñera durante el "estallido social" y sus consecuencias en el proceso político[22]. Piñera fue el primer presidente de derecha que llegaba a La Moneda por elecciones libres desde Jorge Alessandri en

16. HUNEEUS (2014).

17. FFRENCH-DAVIS (2018).

18. CASTIGLIONI y ROVIRA-KALTWASSER (2016); LUNA (2017); HUNEEUS y AVENDAÑO (2018).

19. No fue suscrito por el Partido Comunista (PC) y algunos partidos del Frente Amplio.

20. La UDI se opuso hasta el final al Acuerdo, cediendo porque los otros partidos de Chile Vamos, RN y EVÓPOLI, aceptaron la nueva Constitución. https://www.elmostrador.cl/destacado/2019/11/09/la-udi-se-resigna-a-un-cambio-constitucional-estamos-disponibles-para-las-reformas-que-sean-necesarias/.

21. El gobierno reafirmó este planteamiento desde el primer día. https://www.icare.cl/contenido-digital/no-queremos-avance-proyecto-nueva-constitucion-bachelet-andres-chadwick-ministro-del-interior/.

22. DAZA y DEL SOLAR (2017) han escrito una interesante biografía de Piñera. Su trayectoria como hombre de negocios ha sido cuidadosamente investigada por JARA ROMÁN (2018); GUZMÁN y ROJAS (2017); TROMBEN (2016).

1958. Fue el presidente con menor experiencia política que ha tenido Chile y enfrentó la más grave crisis política en los últimos 30 años y la pandemia del COVID-19, que provocó una crisis sanitaria y una severa crisis económica.

La tesis que guía el artículo es que el liderazgo presidencial es una importante variable independiente para comprender al presidencialismo y la presidencia de Sebastián Piñera, en particular. Nuestro punto de partida es que Piñera ha tenido un pobre liderazgo, en la definición de Helms[23] por no reunir las habilidades requeridas para ser un presidente efectivo, especialmente su débil inteligencia emocional, que llegó a ser una discapacidad emocional de acuerdo a la definición de Greenstein[24]. Estas debilidades del liderazgo están influidas por su experiencia como hombre de negocios. Las habilidades que tuvo para tener éxito en los negocios no le favorecieron en política para tener un liderazgo presidencial efectivo. A esto se agrega su inexperiencia política.

El liderazgo presidencial es puesto a prueba en momentos de convulsión social e inestabilidad política. Son oportunidades en las cuales el presidente debe mostrar sus habilidades de jefe de Estado, jefe de gobierno y líder de la coalición que le apoya y adoptar las decisiones para enfrentar la crisis y salir de ella.

Las excepcionales condiciones que impone una crisis, con una alta centralización decisoria en el presidente y una drástica reducción de las opciones para salir de ella, entrega al liderazgo presidencial una función determinante para resolverla. Los presidentes disponen de similares recursos institucionales de autoridad, con los cuales consiguen diferentes resultados durante su gobierno y ello tiene bastante que ver con su estilo de liderazgo. Si bien es cierto las instituciones del presidencialismo son relativamente similares, hay distintas presidencias según el estilo de liderazgo de cada mandatario.

Durante el estallido social, el Presidente Sebastián Piñera (que había estado antes en La Moneda, 2010-2014) tuvo un mal desempeño (*poor leadership*) en la definición de Helms[25], que lo define como un liderazgo inefectivo, que perjudica la gobernanza y daña al sistema político. El 18-O se mantuvo en La Moneda, sin tomar decisiones. Estaba convencido que la difícil situación social se calmaría con el correr de las horas. Por la noche, se ausentó de La Moneda por un breve tiempo para concurrir a una cena familiar en una pizzería de una comuna acomodada de Santiago. No apreció la naturaleza y gravedad del estallido social, desconoció las demandas ciudadanas e ignoró el malestar que había en la sociedad. Peor aún, no supo qué hacer.

23. HELMS (2012).

24. GREENSTEIN (2000).

25. HELMS (2012).

Su desempeño como presidente suscitó, por primera vez en los últimos 30 años, el temor de que su continuidad en la presidencia agravaría la crisis y se puso en duda que pudiera terminar su mandato en marzo de 2022[26]. No se temía que fuera alejado de la presidencia por los militares, sino que por la presión de la ciudadanía, como le ocurrió al presidente de Argentina, Fernando de la Rúa, en diciembre de 2001[27].

El liderazgo del Presidente Piñera perjudicó al país pues la pandemia del COVID-19 fue enfrentada con menos recursos políticos. La sociedad estaba dividida por las distintas posiciones ante el estallido social, el gobierno contaba con una bajísima aprobación ciudadana y su popularidad se había desplomado, alcanzando un 6% en noviembre 2019. En esas condiciones, la autoridad sanitaria tuvo limitaciones para persuadir a la ciudadanía a seguir sus recomendaciones de autocontrol. No escuchó las opiniones de los expertos, especialmente el Colegio Médico, y tomó decisiones erradas, promoviendo el "plan de retorno seguro" el 24 de abril de 2020 para iniciar el restablecimiento de la actividad económica, sin considerar las estadísticas del alto número de contagiados. En escasas semanas, Chile llegó a ser uno de los tres países en el mundo con el mayor número de contagiados y fallecidos por millón de habitantes[28].

La investigación que apoya el artículo se basa en diversas fuentes, que incluyen la revisión de la prensa (escrita y digital), sus numerosos discursos mediante un análisis de contenido de carácter cualitativo y sus entrevistas de prensa. Además, hemos realizado entrevistas a senadores y diputados actualmente en ejercicio, a ex senadores, que le acompañaron en el Senado, a altos funcionarios del Ministerio Secretaría General de la Presidencia (SEGPRES) de esos años y a dirigentes y simpatizantes de RN, el partido del presidente. También hemos hecho un seguimiento de su desempeño durante la pandemia que permite comparar su estilo de liderazgo con el analizado durante el estallido social.

El liderazgo presidencial

Sabemos bastante del presidencialismo, pero poco de los presidentes. El conocimiento de la arquitectura institucional del presidencialismo no es suficiente para identificar sus capacidades y limitaciones. Ello significaría incurrir en una explicación mo

26. En su primera entrevista de prensa que concedió el Presidente Piñera después del 18-O la periodista de la BBC de Londres le preguntó si terminaría su mandato, a lo cual respondió afirmativamente. https://ellibero.cl/alerta/presidente-pinera-dice-a-la-bbc-que-terminara-su-mandato-y-se-abre-a-cambiar-la-constitucion.

27. LLANOS y MARGHERITIS (2006); MARTÍNEZ (2017a).

28. Se ha mantenido alejado del proceso constituyente, que ha lo perjudicado. Las experiencias constituyentes de antiguas y nuevas democracias (Colombia, España y África del Sur) han tenido un buen desarrollo porque el jefe de Estado ha actuado como factor de unidad nacional, favoreciendo un clima de acuerdos y compromisos entre los constituyentes que ha permitido llegar a constituciones de consenso.

nocausal, hasta reduccionista. También es necesario considerar otros factores, entre las que destacan el contexto político, el grado de institucionalización de los partidos, los conflictos en la sociedad y el liderazgo presidencial. Esto último se explica porque la centralidad decisoria en la presidencia, como institución, le confiere al presidente, como persona, una amplia autoridad y poder, y su utilización por el mandatario puede tener enormes repercusiones en el sistema político. El análisis del estilo de liderazgo presidencial ayuda a comprender mejor el presidencialismo. El examen del liderazgo del Presidente Sebastián Piñera nos permitirá confirmar esta tesis.

El marco teórico y conceptual para el análisis del estilo de liderazgo de Piñera se apoya en los estudios de Greenstein[29], el más influyente estudioso de los presidentes de los EE.UU. En sus investigaciones del liderazgo de los presidentes desde Franklin D. Roosevelt (FDR) hasta Bill Clinton identificó seis habilidades de un presidente efectivo[30]. Debería ser, en primer lugar, un buen *comunicador*, para convencer a la opinión pública de las ventajas de sus políticas y conseguir apoyo público a éstas; poseer *habilidades organizativas*, que le permitan constituir un buen equipo de ministros y dirigirlo para que cada uno dé lo mejor de sí; *habilidades políticas*, para emplear asertivamente sus recursos de autoridad y poder, persuadiendo a otros actores a seguir sus decisiones y así lograr una reputación de hábil y resuelto operador político; *visión*, la capacidad para inspirar a sus votantes y a la población de los objetivos de su gobierno; un buen *conocimiento de las tareas gubernamentales*, con información sobre una amplísima variedad de asuntos sobre los cuales el presidente debe adoptar decisiones y evaluar el desempeño de los ministros; y, finalmente, poseer *inteligencia emocional*, que la definió como "la capacidad del presidente para manejar sus emociones y convertirlas en propósitos constructivos, en lugar de ser dominado por ellas y permitir que disminuyan su liderazgo"[31].

La inteligencia emocional es la habilidad más importante de un presidente. Puede tener las cinco habilidades indicadas, pero sin inteligencia emocional "todo lo demás puede convertirse en cenizas"[32]. Greenstein distinguió tres tipos de inteligencia emocional. La primera es aquella que le permite al presidente estar básicamente libre de ser distraído por perturbaciones emocionales. La tuvieron los presidentes Eisenhower, Ford y Bush padre. Un segundo tipo de inteligencia emocional admite que se den deficiencias emocionales, aunque sin perjudicar su liderazgo. En esta situación estuvieron los presidentes Roosevelt, Truman, Kennedy y Reagan. El tercer tipo de

29. GREENSTEIN (1982; 1988; 2000; 2000a).

30. GREENSTEIN (2000; 2000a).

31. GREENSTEIN (2000) p. 11.

32. GREENSTEIN (2000) p. 200. Antes, comentando el liderazgo de Clinton, afirmó que él nos hace recordar que "en ausencia de inteligencia emocional, la democracia es un instrumento defectuoso de la gobernanza democrática" GREENSTEIN (2000) p. 8.

inteligencia emocional perjudica el liderazgo. La tuvieron los presidentes Johnson, Nixon, Carter y Clinton[33]. Este tercer tipo de inteligencia emocional constituye una "discapacidad emocional" y puede tener consecuencias negativas en la gestión del mandatario y en el sistema político.

Para una mejor comprensión de los alcances y consecuencias de su baja inteligencia emocional, hemos recurrido a Kellerman[34]. Para esta autora, el liderazgo inefectivo puede basarse en tres rasgos. Puede ser un líder *incompetente*, cuando hay "falta de voluntad o habilidad (o ambos) para llevar a cabo una acción efectiva"; puede ser *rígido*, cuando "es inflexible y, aunque sea competente, es incapaz o no tiene voluntad de adaptarse a nuevas ideas, a nueva información o a los tiempos cambiantes"; y ser *destemplado*, es decir, "no tener autocontrol y es apoyado e inducido por colaboradores incapaces o que no desean intervenir efectivamente"[35].

Piñera tiene debilidades en cada una de estas habilidades desarrolladas por Greenstein y en el caso de la inteligencia emocional, ella es notoria y constante. No se trata de bruscos cambios de ánimo, con arrebatos de ira que estremecen la oficina del presidente, como fue el Presidente Johnson. Tampoco fue la falta de control del Presidente Clinton respecto a una persona, que lo llevó a la acusación constitucional o la ira y desconfianza que tenía Nixon. Es un tipo de inteligencia emocional que se manifiesta en múltiples ocasiones, que la prensa considera anécdotas, "*piñericosas*". Sentarse en el escritorio del Presidente Barak Obama en la sala Oval de la Casa Blanca cuando visitó los EE.UU., escribir en el libro de invitados a la cena del presidente federal de Alemania "Deutschland, Deutschland über alles", texto eliminado del himno nacional por su abuso en el régimen de Hitler[36], hasta pasearse por una playa en un balneario de la V región en medio de la pandemia sin portar mascarillas, son algunos de los ejemplos.

Estas no son anécdotas irrelevantes. Dan cuenta de una baja inteligencia emocional. Destacaremos dos rasgos que han tenido enorme importancia en su liderazgo. La primera es su extrema rigidez, reiterando decisiones, discursos, hasta palabras, equivocadas, ignorando repercusiones. La segunda es su destemplanza, sin un autocontrol en cuestiones fundamentales de un gobierno democrático, entre las cuales destaca no haber separado los negocios de la política. En su oficina en La Moneda tenía cuatro pantallas, con la información de las bolsas de valores de Wall Street, de Tokio,

33. GREENSTEIN (2000) p. 199.

34. KELLERMAN (2004).

35. KELLERMAN (2004) pp. 41-42, citado por HELMS (2012) pp. 4-5.

36. La oficina de protocolo de la presidencia federal alemana pidió que se desprendiera la hoja con el saludo de Piñera y escribiera otro.

una tercera con la información económica de la agencia Bloomberg y la cuarta, de la bolsa de Chile[37]. Ejercía la presidencia pero también estaba encima de sus negocios.

Los gobiernos democráticos no fueron cuidadosos en establecer barreras institucionales para separar el dinero y la política. La puerta giratoria de ex ministros que luego fueron asesores o directores de empresas alentó esa convergencia. Tampoco tuvieron un discurso destacando la necesidad de separar los negocios de la política y condenar los casos en los cuales ello no se respetaba.

El artículo se desarrolla de la siguiente manera. Primeramente, se ubicará el tema del liderazgo en la bibliografía del presidencialismo y a la luz de la experiencia política chilena, se hará un breve recuento de la biografía del Piñera, en seguida se examinará el liderazgo de Piñera y finalmente, las conclusiones.

La visión crítica de Linz del presidencialismo

Desde el seminal artículo de Linz[38], la preocupación por el presidencialismo adquirió gran ímpetu, con enfoques preferentemente institucionalistas. Sabemos bastante de la autoridad y poder del presidente[39]; la organización del gobierno presidencial[40]; la composición de los gabinetes[41]; el papel del congreso[42], y la estabilidad del presidencialismo[43]. Sin embargo, se sabe poco de los presidentes y del liderazgo presidencial[44].

37. Durante el conflicto limítrofe marítimo con Perú y estaba siendo decidido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya, una de sus empresas adquirió acciones de una empresa pesquera peruana.

38. LINZ (1994). La primera versión fue presentada en un simposio sobre *Political Parties and Democratic Transitions*, organizado por el Woodrow Wilson Center de Washington DC, que llevaba por título *Presidential or Parliamentary Democracy. Does it Make a Difference?*". Esta versión fue ampliamente difundida y fue publicada con el título y contenido una década más tarde en el libro que editó con Arturo Valenzuela: LINZ y VALENZUELA (1994).

39. SHUGART y CAREY (1992); MAINWARING y SHUGART (1997).

40. ABRANSCHES (1988); LANZARO (2003).

41. AMORIM NETO (2002); AVENDAÑO y DAVILA (2018).

42. MORGENSTERN y NACIF (2002); ESCUDERO (2018).

43. MARTÍNEZ (2017b; 2020).

44. Hay una amplia bibliografía sobre el liderazgo político, EDINGER (1967); RUSTOW (1970); NYE JR. (2008), de los presidentes en EE.UU., destacando los libros de GREENSTEIN (1982; 1988; 2000; 2000a) y también sobre el liderazgo de primeros ministros, IONESCU (1991); HARDGROVE y OWENS (2003); BROWN (2018). Una excepción en el estudio del liderazgo presidencial de América Latina es LLANOS y MARGHERITIS (2006).

Linz tuvo una visión crítica del presidencialismo. Argumentó que su arquitectura institucional tenía dos componentes estructurales que le impedían resolver crisis políticas graves[45]. Ellas eran la legitimidad dual y la rigidez del presidencialismo. La primera se refiere a las distintas mayorías surgidas de las elecciones separada de presidente y del congreso, lo cual conduciría inevitablemente a diferencias sobre proyectos de leyes que puedes escalar hasta convertirse en un conflicto de poder entre ambas instituciones. La segunda alude a que el presidente es elegido por un período fijo y se mantiene en el cargo hasta su término. A diferencia del régimen parlamentario, no dispone de un mecanismo oportuno y eficaz, que ponga término anticipadamente a un mandatario que se desempeña muy negativamente, incluso dañando la calidad de la democracia. La acusación constitucional sería el único recurso constitucional para destituir al presidente por su pésimo desempeño. Sin embargo, es un mecanismo excepcional y de compleja aplicación, que puede agravar la crisis en vez de resolverla. Por ello, agrega Linz, habría una incompatibilidad entre el presidencialismo y la democracia. Para alcanzar una democracia estable, los países con presidencialismo debieran cambiar su forma de gobierno a uno parlamentario.

La historia política de Chile en el siglo XX (y en el siglo XXI) no confirma la visión pesimista del presidencialismo que tuvo Linz. La legitimidad dual no condujo a conflictos insolubles entre el presidente y el Congreso. Todos los presidentes elegidos en elecciones libres desde 1932 debieron lidiar con un Congreso en el cual no eran mayoría. Fueron gobiernos divididos[46]. La única excepción fue el segundo gobierno de la presidenta Bachelet (2014-2018), que logró mayoría en las dos ramas del Congreso. Esto le permitió impulsar un ambicioso programa de reformas (educación, tributaria y laboral) que fue resistido por la oposición y obstruido en sus alcances por el Tribunal Constitucional en el caso de la reforma laboral.

En este largo período de la historia política de Chile, todos los presidentes, con mayor o menor dedicación, estuvieron dispuestos a negociar con la oposición para llevar adelante su programa. Algunos lo hicieron incorporando a partidos al gabinete; otros, con acuerdos puntuales sobre la agenda legislativa. El Presidente Jorge Alessandri, elegido en 1958 con un 31,1% de los votos (el menor de todos los mandatarios durante la vigencia de la Constitución de 1925), negoció con el Partido Radical (PR) su elección por el Congreso Pleno y su apoyo desde el Congreso para la aprobación

45. Esta visión pesimista del presidencialismo para enfrentar crisis política fue compartida por politólogos, que mantuvieron preocupación por el quiebre de la democracia en América Latina, LLANOS y LEIV MARSTEINTREDET (2010); DOYLE (2020).

46. La renovación del Senado por mitades cada cuatro años impidió al Presidente Frei Montalva tener mayoría en la cámara alta en las elecciones parlamentarias de 1965, que logró en forma abrumadora en la cámara de diputados, en la cual el Partido Demócrata Cristiano (PDC) eligió 82 de los 150. CRUZ-COKE (1984).

de los proyectos de ley. El gobierno del Presidente Frei Montalva impulsó la "Revolución en Libertad"[47], con ambicioso programa de reformas estructurales, destacando la reforma agraria y la sindicalización campesina, sin tener mayoría en el Senado, logrando acuerdos con alguno de los partidos de oposición, de izquierda o de derecha[48].

La excepción fue el conflicto de 1973, en el cual el Presidente Salvador Allende no aceptó llegar a un acuerdo con el PDC. Sin embargo, la profundidad de la crisis fue más allá que un conflicto entre el Presidente Allende y el Congreso. Había una cuestión política de fondo planteada por el programa de gobierno de la Unidad Popular de impulsar una revolución con el apoyo de una minoría del Congreso y de la ciudadanía, sin tener una práctica política que fuera congruente con el camino democrático.

El estallido social del 18-O no fue el tipo de conflicto advertido por Linz, es decir, entre el Presidente y el Congreso. Fue un conflicto entre la sociedad, por un lado, y el presidente y el Congreso por el otro lado, provocado por la crisis de legitimación del sistema económico y la crisis de representación del sistema político a los cuales nos hemos referido.

Con todo, existe otra alternativa para situaciones extremas, cuando un presidente con un muy pobre liderazgo está dañando la democracia: su dimisión. Linz considera esta alternativa como "una de las formas de evitar las implicaciones de la rigidez del mandato presidencial sin la salida de los tanques o la violencia en las calles. Sin embargo, no es una solución muy probable dada la psicología de los políticos"[49].

Es una respuesta tautológica que da Linz para reforzar su tesis de la rigidez del presidencialismo. La dimisión del presidente estaba considerada en la tradición constitucional de Chile, comenzando por la Constitución de 1833 (art. 36, No 3 y 74) que la indica entre las atribuciones exclusivas del Congreso "declarar, cuando el Presidente de la República *hace dimisión de su cargo*, si los motivos en que la funda, le imposibilitan, o no, para su ejercicio, y en su consecuencia admitirla o desecharla". En idénticos términos se refiere la Constitución de 1925 pues incluye entre las atribuciones exclusivas del Congreso declarar si admite o desecha la dimisión del Presidente (art. 43). La Constitución de 1980 también la considera, pero la entrega como atribución exclusiva del Senado, debiendo "en ambos casos (admitirla o desecharla) deberá oír previamente al Tribunal Constitucional", que es una opinión no vinculante (art. 49, No 7).

Esta posibilidad la consideró el Presidente Arturo Alessandri en los tumultuosos días de septiembre de 1924 por la presión de los militares para que el Congreso apro

47. Sobre el programa y la ejecución de sus principales políticas, véase HUNEEUS y COUSO (2016).

48. Con el PR negoció en el Senado los nombramientos de los embajadores; con el PC, la reforma agraria y la sindicalización campesina y con la derecha, agrupada en el partido Nacional, la reforma constitucional de 1970.

49. LINZ (1994) p. 10.

bara "el paquete" de proyectos pendientes. La Junta militar rechazó esta alternativa, ofreciendo pedir "un permiso para ausentarse del país", lo que terminó ocurriendo[50]. También fue planteada en la crisis de 1973 por el Partido Nacional, que reunía a los antiguos liberales y conservadores, exigiendo la renuncia del Presidente Salvador Allende. Este se negó a ello.

Nunca el Congreso empleó esta atribución. Sí procede plantear la pregunta sobre la conveniencia de provocar la renuncia del presidente cuando tiene un pobre desempeño y ello está muy determinado por su débil inteligencia emocional, con decisiones que siguen dañando la institución presidencial y la calidad de las políticas. ¿Deben los dirigentes de la oposición y de la sociedad civil limitarse a esperar que termine el mandato del presidente, faltando dos años, porque así lo establece la Constitución? ¿No correspondería que presionaran por medios pacíficos para que dimitiera para evitar un mal mayor?

Las respuestas no son fáciles. En momentos difíciles, las presiones desde abajo pueden ser aprovechadas por grupos minoritarios que quieren ir más allá de cambiar al presidente, convencidos de que se puede provocar un cambio de régimen. Se requiere una oposición fuerte, con liderazgo, y con el acuerdo de al menos uno de los partidos de gobierno. La actual oposición es débil y fragmentada, los principales partidos no tienen liderazgos para conducir una salida como esta, habiendo fuerzas centrífugas en la derecha y en la izquierda. En definitiva, la inercia del presidencialismo impidió que se explorara esta alternativa.

La visión crítica de Linz del presidencialismo provocó un amplio debate. La revisión probablemente más documentada fue realizada por José Antonio Cheibub[51]. Con un cuidadoso examen de los gobiernos presidenciales y parlamentarios entre 1946 y 1999, Cheibub concluyó que el presidencialismo no conduce de manera inevitable a un conflicto entre el presidente y el congreso, y no se generará una crisis que pondrá en riesgo la continuidad de la democracia. "Las instituciones presidenciales no son la causa de la inestabilidad de las democracias presidenciales"[52]. La inestabilidad de las democracias presidenciales observadas por Linz, agrega Cheibub, es correcta, pero la causa que indica errada, pues aquella "se debe al hecho de que observamos instituciones presidenciales *en países donde la democracia de cualquier tipo sería inestable*" (nuestro énfasis[53]). La inestabilidad que se observa en las democracias presidenciales –agrega Cheibub- no proviene de su arquitectura institucional sino que de conflictos en la sociedad, particularmente de los legados de los regímenes militares. El mili

50. VIAL (1986) p. 400; COLLIER y SATER (1998).

51. CHEIBUB (2002); CHEIBUB y LIMONGI (2002); CHEIBUB *et al.* (2004); CHEIBUB (2007).

52. CHEIBUB (2007) p. 6.

53. CHEIBUB (2007) p. 7.

tarismo es una consecuencia de la estructura social o de contextos en los cuales los militares, por razones endógenas o coyunturales fueron movilizados políticamente antes que otros actores políticos[54].

De ahí infiere que sería "más prudente y efectivo desde un punto de vista político tomar la forma de gobierno como un hecho dado, en vez de concentrarse en mejorar el sistema que está en el lugar y que los actores centrales dan por entendido", agregando que "el problema con la literatura que identifica al presidencialismo como la causa de la inestabilidad democrática es que pone demasiado énfasis en los principios que definen las diferentes formas de gobierno y simplemente derivan de su principio la conducta que podría o quizás debiera seguir"[55].

Un hombre de negocios en política

Piñera tiene una interesante biografía, empresarial y política. De profesión economista de la P. Universidad Católica y doctor en esta disciplina en la Universidad de Harvard, regresando al país en 1976. Fue profesor de la escuela de Economía en la cual había estudiado y trabajó dos años en la CEPAL en un proyecto sobre pobreza en América Latina. Después se integró al sector privado. Trabajó en una consultora, para luego entrar al sector financiero, llegando a ser gerente general del Banco de Talca (1979-1980) y después, de Citicorp (1981-1986), el principal banco de inversiones, controlado por el grupo Cruzat[56]. Al mismo tiempo, desarrolló negocios propios que fueron exitosos, pero incurrió en conflicto de interés por lo cual fue alejado del cargo. A finales de la dictadura había reunido una considerable fortuna, que incrementó en democracia. En 2007 llegó a ser uno de los billonarios de la revista *Forbes*.

No es cualquier billonario. Su fortuna sobresale en comparación a otras personas de negocios que han alcanzado la presidencia o la jefatura del gobierno en un régimen parlamentario. El "magnate" Donald Trump tenía en 2018 un patrimonio de $3,1 billones de dólares, un 0,02% del PIB de su país. El porcentaje del patrimonio de Trump en el PIB de EE.UU. aplicado al de Chile, reduciría su fortuna a $59,6 millones de dólares, menor al que tuvieron varios empresarios que fueron ministros[57]. También supera, en término relativos, al patrimonio de Silvio Berlusconi, cinco veces presidente del Consejo de Ministros de Italia durante la década del 90, que alcanzaba al 0,36% del PIB de Italia, es decir, casi un tercio del que tiene Piñera. El presidente de Argentina, Mauricio Macri (2015-2019), también un exitoso empresario, no era billonario cuando fue elegido y tampoco lo sería al abandonar la Casa Rosada.

54. CHEIBUB (2007) p. 15.

55. CHEIBUB (2007) p. 25.

56. TROMBEN (2016).

57. El porcentaje de la fortuna de Piñera en el PIB de EE.UU. representaría aproximadamente $200 mil millones de dólares.

Hijo de uno de los fundadores de la Falange Nacional, partido que más tarde llegó al Partido Demócrata Cristiano, votó por él No en el plebiscito de 1980 y 1988. Ingresó a la política después del plebiscito de 1988 a través de Renovación Nacional, siendo elegido senador en los comicios de 1989, cargo que desempeñó hasta 1998. Nunca antes había participado en política, ni siquiera cuando fue estudiante en la escuela de Economía de la Universidad Católica[58]. Haber votado por el No en 1988 fue una excepción entre los empresarios y políticos de derecha, incluyendo a los de RN, que habían votado por el Sí.

Fue presidente de su partido (2001-2004), candidato presidencial en las elecciones de 2005, imponiéndose en la primera vuelta al candidato de la UDI, Joaquín Lavín, aunque fue derrotado en la segunda vuelta por Michelle Bachelet. Fue elegido presidente en las elecciones presidenciales de 2009[59]. Volvió a La Moneda en las elecciones de 2017, venciendo en segunda vuelta a Alejandro Guillier, candidato de la Nueva Mayoría, coalición que había apoyado el segundo gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018).

En el Senado no se concentró en familiarizarse con el oficio de político, que desconocía. Por el contrario, siguió impulsando activamente sus negocios, distribuidos en decenas de sociedades, con la finalidad de incrementar su fortuna. Impulsar sus inversiones e impulsar su carrera a la presidencia fueron dos actividades estrechamente ligadas entre sí, que se complementaban porque empleó la información y el poder que adquirió como senador para fortalecer sus negocios[60]. Aquí hubo un grave problema de conflicto de interés, sobre lo cual volveremos.

Piñera no es un político propiamente tal, aquel que se ha dedicado por años a este oficio, viviendo *para* y *de* la política en la clásica definición de Max Weber[61], que le apasione y quiera dominar, interiorizándose de sus normas formales e informales. Entró muy tardíamente a ella -después del plebiscito del 5 de octubre de 1988-. Lo hizo desde los negocios, habiendo acumulado una fortuna en los años 80 durante la dictadura, especialmente en el sector financiero. Consideró que, habiendo llegado a ser millonario, su próximo gran objetivo sería alcanzar la presidencia de la república. Avanzó en esa dirección sin separarse de los negocios.

58. El comienzo de la biografía de numerosos políticos en Chile ha sido en el movimiento estudiantil.

59. Derrotó en la segunda vuelta al ex Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle (PDC, 1994-2000), candidato de la Concertación, coalición de centroizquierda que ocupó la presidencia entre 1990 y 2010.

60. Cuando fue presidente de RN las reuniones de la directiva no las hacía en la sede del partido, sino en su oficina en la cual estaban la dirección de sus empresas. DAZA y DEL SOLAR (2017).

61. WEBER (1982).

Las debilidades del liderazgo del presidente Piñera

A continuación examinaremos los atributos del liderazgo presidencial de Piñera. La habilidad de **comunicador** del presidente se expresa principalmente a través de discursos, entrevistas y declaraciones a los medios de comunicación. Piñera no es un buen comunicador. Pronunció numerosos discursos durante el estallido social, pero sin lograr convencer a quienes lo escucharon: 30 entre el 18 de septiembre y el 18-O (en 27 días, más de uno por día) y 28 entre el 18-O y el 31 de enero de 2020. También pronunció numerosos discursos durante la pandemia. (Tabla 1).

Tabla 1. Número de discursos de Sebastián Piñera y extensión (18/09/2019 – 31/01/2020 y 03/03/2020 –14/08/2020).

Días	N° de discursos	N° de palabras
18/09/2019 – 17/10/2019	30	44.096
18/10/2019 – 31/01/2020	28	37.469
03/03/2020 – 14/08/2020	64	66.318
Total	119	147.883

Fuente: Elaboración propia a partir de https://prensa.presidencia.cl/ y de Navarro & Tromben (2019).

En sus numerosos discursos se muestra muy informado de una amplísima variedad de temas, entregando abundantes antecedentes. Sin embargo, no consigue empatía en la población. Sus discursos son reiterativos en los temas y en los énfasis, incluso, de ciertas palabras. No concede conferencias de prensa. Suele dar entrevistas en radio y televisión individuales, mostrando tener un amplio conocimiento de los temas. Su debilidad como comunicador político explica su baja popularidad en las encuestas. Es el presidente con menor apoyo popular desde 1990 (Figura 1).

La segunda habilidad que debe poseer un presidente efectivo es **capacidad organizativa**. El Presidente debe estructurar un buen equipo de ministros y dirigir su trabajo para obtener lo mejor de sus capacidades. También requiere conocimiento de la implementación de las políticas y el papel de la administración pública en ello. No reúne esta habilidad. Su experiencia en el mundo de los negocios fue tomar decisiones individualmente sobre inversiones a partir de la información requerida que le preparaba un reducido y destacado grupo de jóvenes economistas[62].

Como no conocía el mundo político de la derecha, buscó a sus ministros preferentemente del sector privado, entre altos ejecutivos, directores o consultores de empresas. Diez de los 22 ministros del primer gabinete en su primer gobierno tuvieron ese perfil. En su segundo mandato, la participación de ministros provenientes del sector

62. DAZA y DEL SOLAR (2017).

privado fue similar, ocho de los 22. Llama la atención que en su segundo gobierno reclutó pocos ministros del primero, que poseían una cierta experiencia política (Tabla 2).

Tabla 2. Número de ministros del II gobierno de Piñera que no estuvieron en el I gobierno.

Categorías	Nuevos ministros
1. Primer gabinete Piñera II respecto del total de Piñera I	17 de 23
2. Ministros del ultimo gabinete Piñera II respecto del total de Piñera I	19 de 24
3. Total ministros gobierno Piñera II respecto del total de ministros de su I gobierno	34 de 45

Fuente**:** Elaboración propia. Los datos fueron recabados al 31 de agosto de 2020.

Trabaja en forma individual, revisando las propuestas de políticas enviadas desde los ministerios y reunidas en carpetas. No delega poder en los ministros, pues revisa cada una de sus propuestas de políticas. Acumula en su escritorio decenas de carpetas con los antecedentes de decisiones de ministerios que esperan su aprobación, desde complejos proyectos de leyes, hasta nombramientos de embajadores o consejeros de organismos de administración autónoma, cuya decisión demora, con la consiguiente menor eficacia del gobierno[63].

Cuando surgen dificultades, no se esfuerza por buscar la solución, sino que cambia al ministro. Ello explica los frecuentes cambios de gabinete y de ministros. En un año ha tenido cuatro ministros del Interior y tres ministros de SEGPRES (octubre 2019 a noviembre 2020), sin que se haya llevado adelante la anunciada reforma de Carabineros.

La tercera es la **habilidad política**, corresponde al poder presidencial según Neustadt[64], que se expresa en la capacidad del mandatario de *persuadir* a sus ministros, parlamentarios y a otros actores políticos de que es un hábil negociador. Esta habilidad requiere conocer los recursos de autoridad y poder que dispone. Piñera contó con pocos recursos de autoridad porque era un presidente minoritario en tres dimensiones: electoral, en el Congreso y en las encuestas. Sin embargo, no asumió este hecho, sin esforzarse por impulsar acuerdos con la oposición. Pareciera que nunca fue senador.

En la elección del 2017 se impuso en segunda vuelta con una amplia mayoría, 54,57%. Sin embargo, constituía una minoría del electorado (26,5% del padrón), pues, como se dijo, votó un 49,1% de éste (Tabla 3). Esta mayoría la logró con el apoyo de

63. El retraso en los nombramientos de subsecretarios y embajadores al comienzo del segundo gobierno se prolongó por meses.

64. NEUSTADT (1960).

José Antonio Kast, el cual en la primera vuelta obtuvo casi el 8% de los votos. Piñera no valoró su apoyo e ignoró sus propuestas. En 2020, Kast se declaró estar en la oposición, acusándolo de no cumplir el programa que ofreció al país.

La baja votación que recibió Piñera se aprecia en una perspectiva histórica, pues fue un número menor de votos que el obtenido por el Presidente Patricio Aylwin tres décadas antes, cuando el padrón electoral era aproximadamente la mitad. Piñera recibió 3.796.579 votos con un padrón electoral de 14.347.288 personas; Aylwin recibió 3.850.571 sufragios con un padrón de 7.557.537 personas[65].

El regreso de Piñera a La Moneda en 2018 fue sorprendente. Su gestión en el primer gobierno fue deficiente, que condujo a la aplastante derrota en las elecciones de 2013 de Evelyn Matthei, ex ministra del Trabajo de Piñera y abanderada de la derecha. También se produjo la caída del electorado de los partidos de gobierno. En la primera vuelta electoral Matthei obtuvo 25,03% de los votos, siendo superada ampliamente por Michelle Bachelet, abanderada de la Nueva Mayoría, con 46,70%. En la segunda vuelta, Matthei subió al 37,83% y Bachelet alcanzó 62,17%.

Tabla 3. Resultados de las elecciones presidenciales del 2009, 2013 y 2017.

	Candidatos	**Votos**	**(%)**
Primera vuelta 2009	S. Piñera E. F. Ruiz-Tagle M. Enríquez-Ominami J. Arrate	3.074.164 2.065.061 1.405.124 433.195	44,06 29,60 20,14 6,21
Segunda vuelta 2009	S. Piñera E. F. Ruiz-Tagle	3.591.182 3.367.790	51,61 48,39
Primera vuelta 2013	M. Bachelet E. Matthei M. Enríquez-Ominami F. Parisi M. Claude A. Sfeir R. Miranda R. Israel T. J. Holt	3.075.839 1.648.481 723.542 666.015 185.072 154.648 81.873 37.744 12.594	46,70 25,03 10,99 10,11 2,81 2,35 1,24 0,57 0,19
Segunda vuelta 2013	M. Bachelet E. Matthei	3.470.370 2.111.891	62,17 37,83

65. Es la población en edad de votar, porque la inscripción no era automática.

Primera vuelta 2017	S. Piñera	2.417.216	36,64
	A. Guillier	1.497.116	22,70
	B. Sánchez	1.336.824	20,27
	J. A. Kast	523.213	7,93
	C. Goic	387.780	5,88
	M. Enríquez-Ominami	376.471	5,71
	E. Artés	33.690	0,51
	A. Navarro	24.019	0,36
Segunda vuelta 2017	S. Piñera	3.796.579	54,57
	A. Guillier	3.159.902	45,42

Fuente: Elaboración propia con datos del Servel, https://www.servel.cl/.
Desde el 31 de enero de 2012 rige la Ley N° 20.568 que incorpora el voto voluntario.

En segundo lugar, era minoritario en las dos cámaras del Congreso. Era un gobierno dividido, como fueron los que tuvo Chile desde 1932, con excepción del segundo gobierno Bachelet. Piñera nunca se propuso buscar un acuerdo con algún partido de oposición, ni siquiera en los difíciles momentos del estallido social. No tenía la habilidad de negociador. Estaba acostumbrado al mundo de los negocios, en el cual tomaba decisiones sin preguntarle a nadie. Tampoco durante la pandemia Piñera buscó un acuerdo con la oposición, a diferencia del liderazgo de otros presidentes, como el de Uruguay, Luis Lacalle Pou, que asumió en marzo de 2020. Tampoco durante el proceso constituyente.

En tercer lugar, Piñera tuvo una baja aprobación en las encuestas, que puede ser comprensible en su limitado electorado que obtuvo en primera vuelta, que expresan los votos de los partidos de derecha. Desde que entró a La Moneda comenzó a caer en las encuestas y desde agosto de 2019 se mantuvo por debajo del 30% de popularidad (Figura 1).

Figura 1. Popularidad del Presidente Sebastián Piñera (2018-2002)

Fuente: Elaboración propia a partir de "Encuesta Plaza Pública Cadem" https://www.cadem.cl/. Los datos corresponden a la aprobación presidencial mensual que realiza Cadem a partir de las cifras semanales que recaban.

Piñera no tuvo una **visión** de la presidencia. Preparó el programa con numerosos profesionales, sin tener orientaciones programáticas que dieran cuenta de su visión de las necesidades del país. Esta no se reduce a la formulación de un conjunto de *policies*, que corresponde más bien a la visión tecnocrática de la política[66].

Piñera no tiene un buen **estilo de conocimiento**. Según el diccionario de la Real Academia Española conocer es "averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas". Es una acción más compleja que reunir información de las múltiples acciones de gobierno; significa identificar sus prioridades, la interrelación entre las políticas y su viabilidad de ejecución. Posee una gran capacidad para estudiar y retener con gran rapidez una amplísima cantidad de información. Sin embargo, lo hace ordenadamente, pero en forma fragmentada, sin considerar las interrelaciones y contradicciones que existen entre las políticas. Esta debilidad es una consecuencia de su estilo de trabajo que desarrolló en sus años de hombre de negocios, durante los cuales se familiarizó con los estados financieros de decenas de empresas, nacionales y extranjeras, que son independientes, con un nivel de conocimiento que sorprendía a quienes trabajaron con él[67]. Esta práctica la mantuvo al ingresar a la política, en el Senado y cuando fue presidente. La información de cada política de gobierno era reunida en una carpeta, para que fuera revisada

66. CARAMANI (2017).

67. Preguntado por uno de los autores un empresario que se relacionó con él en el mundo de los negocios cuántas empresas conoce bien sus estados financieros, si acaso podían ser 20 o 30, respondió de inmediato, "50", dando a entender que su número podía ser incluso superior a este último.

por Piñera. En su escritorio se acumulaban decenas de carpetas, colmando todos los espacios. La fotografía de su escritorio en La Moneda con sus carpetas pone de manifiesto su estilo de conocimiento[68].

Sin embargo, este estilo de conocimiento no le ayuda en su labor de presidente. Refuerza su convicción de saber todo y sobre todo, más incluso que sus ministros y los políticos de oposición que le piden los reciba para tratar algún tema[69]. Los ministros de Piñera son bastante más jóvenes que él y se inhiben de plantearle sus puntos de vista cuando difieren de las suyas. Piñera se rodea de personas que opinan como él, confirmando sus decisiones.

Dijimos que Greenstein considera la **inteligencia emocional** como la principal habilidad del presidente. Su debilidad dañará a las otras, por muy sólidas que sean. Piñera tiene una débil inteligencia emocional, llegando a ser una discapacidad emocional. Ha dañado su liderazgo y ha tenido altos costos para el sistema político. Dos rasgos del liderazgo ineficiente según Kellerman[70] nos sirven para conocer su débil inteligencia emocional: la rigidez y ser destemplado.

La rigidez frente al estallido social

Una de las principales manifestaciones de su rigidez fue el diagnóstico que tuvo del estallido social, reducido a una cuestión de orden público. No se interesó por su carácter de coyuntura crítica, con una crisis de legitimidad del sistema económico y el sistema político tiene una crisis de representación. Por la noche del 18-O, decretó el Estado de emergencia en Santiago con la finalidad de restablecer el orden público y nombró a un general de Ejército a su cargo. Por primera vez desde la dictadura de Pinochet los militares salieron a las calles con ese objetivo, un hecho del mayor simbolismo político porque en un amplio segmento de la ciudadanía estaba viva la memoria de esos años[71].

Rompió su silencio a las 0:15 AM del día 19 con un breve discurso, al anunciar el Estado de emergencia y otro por la tarde. En ambos, condenó los hechos de violencia, sin referirse a las demandas de la ciudadanía. Al segundo día, el 20 de octubre por la noche, pronunció un extenso discurso, (el tercero) en el cual el presidente se extendió

68. La fotografía del Presidente Piñera trabajando en su escritorio apareció en *El Mercurio* y *La Tercera*. https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/el-silencioso-trabajo-de-la-presidencia-en-contenidos-constitucionales-hasta-donde-puede-involucrarse-pinera/2YABZVM3WJBOXNLWLJJKTZFH5Q/.

69. Entrevista con un diputado opositor, presidente de una de las comisiones de la Cámara, 31 de agosto de 2020.

70. KELLERMAN (2004).

71. Fue el primer Estado de excepción constitucional en la capital de Chile desde 1990.

en su condena a la violencia, nuevamente sin considerar las demandas de la ciudadanía. Para él, todo se reducía a un problema de orden público, provocado por delincuentes y grupos violentistas. Sus palabras estaban lejos de contribuir a la paz social:

> "*Estamos en guerra contra un enemigo poderoso, implacable, que no respeta a nada ni a nadie y que está dispuesto a usar la violencia y la delincuencia sin ningún límite, que está dispuesto a quemar nuestros hospitales, el metro, los supermercados, con el único propósito de producir el mayor daño posible*"[72].

El restablecimiento del orden público y la seguridad de las personas fue su prioridad ante el estallido social, que reiteró en numerosas ocasiones e insistiendo sobre ello varias veces en cada discurso. La primera vez que lo señaló fue el 19 de octubre cuando decretó Estado de Emergencia y al momento de anunciar la suspensión del alza del pasaje en el transporte público… "*La primera prioridad de nuestro Gobierno es asegurar el orden público y la seguridad de los chilenos*, y también el resguardo de las libertades y de los derechos que corresponden a todos nuestros compatriotas"[73].

Incluso cuando se refirió al *Acuerdo por la Paz y la nueva Constitución* destacó la importancia de resguardar el orden público:

> *El Acuerdo por la Paz no significa solamente resguardar el orden público y la seguridad ciudadana, significa mucho más*, significa también fortalecer la amistad cívica entre todos los chilenos, significa regirse por el Estado de Derecho y respetar la ley, significa respetar los Derechos Humanos de todos, significa pacificar los espíritus, de forma que usted y su familia y *todas las familias chilenas puedan vivir, estudiarse, trabajar o recrearse en paz, con seguridad y así poder ejercer en plenitud su libertad y sus derechos*[74].

En síntesis, no tiene capacidad de adaptarse a los cambios porque no los toma en cuenta. Esta rigidez constituye una severa limitación a su liderazgo.

Templanza puesta a prueba: Negocios y política

La segunda manifestación de su discapacidad emocional fue ser destemplado, en particular, en un tema central de la democracia: separar los negocios de la política. Es propio del autoritarismo no admitir la separación entre los bienes públicos y los inte

72. Disponible en: https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/manifestaciones/presidente-pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso/2019-10-20/232318.html.

73. Énfasis nuestro y en las siguientes citas. Prensa presidencia (19 de octubre de 2019). https://prensa.presidencia.cl/comunicado.aspx?id=103668.

74. Prensa presidencia (17 de noviembre de 2019). https://prensa.presidencia.cl/discurso.aspx?id=134637.

reses personales, habiendo una fusión entre ambos. En democracia, esa separación es de la esencia del Estado de derecho y de una economía de mercado. Como decíamos antes, Piñera nunca se planteó que hubiera un conflicto de interés entre su calidad de senador e inversionista. Tampoco cuando era presidente. Hubo importantes proyectos de ley en los cuales intervino y que le beneficiaron (reforma tributaria de 1990), y realizó inversiones favorecido por ser senador[75].

Hasta en los primeros meses de su primer gobierno (2010-2014), se negó a separarse de sus negocios y a entregar la administración de sus inversiones a un fideicomiso ciego. Finalmente lo hizo, pero cedió solo una parte de su patrimonio, sin dejar de estar preocupado del estado de sus inversiones.

La mayor manifestación de su destemplanza ocurrió cuando era senador y adquirió el 24% del capital de LAN que licitó la Corfo, que era el resto que permanecía en poder del Estado después de su privatización en los años 80. Como ha documentado Tromben[76], Piñera se preocupó que las AFP no participaran en la licitación, pues eran las principales adquirentes de los paquetes de acciones de las privatizaciones de las empresas públicas y del "área rara" desde 1985. Para ese fin, dos semanas antes del remate realizado el 23 de mayo de 1994, Piñera dio una conferencia de prensa "atacando duramente el sistema de AFP [y] centró su ofensiva en los costos exageradamente altos y el excesivo traspaso de afiliados entre AFP"[77]. Estas declaraciones del principal senador de la oposición fueron suficientes para convencer a las AFP de no participar en el remate. Hubo un solo interesado, una empresa vinculada a su socio histórico, quien era el principal accionista de LAN[78].

Esta fue una inversión extraordinariamente rentable para Piñera, pues le permitió ser uno de los socios controladores de una empresa que creció en forma espectacular. Los buenos resultados de la empresa llevaron a Piñera a aumentar su participación en LAN. En 2006, adquirió un paquete de acciones que representaban 0,94% del capital y lo hizo luego de conocer los favorables estados financieros de la empresa antes que se hiciesen públicos. Fue sancionado por la SVS en 2009, durante la campaña presidencial. Piñera pagó la multa, sin ser perjudicado electoralmente por este episodio. Venderá su participación en LAN a un precio inmensamente superior al que pagó por ella, que le permitió incrementar de manera sustancial su patrimonio y superar el billón de dólares.

Su fortuna fue un recurso de enorme importancia para su carrera a La Moneda, pues le permitió financiarla y fortalecer su poder en RN y después, en la UDI, contri

75. TROMBEN (2016); JARA ROMÁN (2018); GUZMÁN y ROJAS (2017).

76. TROMBEN (2016).

77. TROMBEN (2016) pp. 435-436.

78. TROMBEN (2016) p. 437.

buyendo al financiamiento de las campañas de los parlamentarios que le apoyaban. Este poder adquirió mayor relevancia porque no existió el financiamiento público de los partidos hasta la ley de 2015. Si bien el financiamiento público de campañas de parlamentarios se encontraba regulado por ley desde 2003, esta era insuficiente. Como la naturaleza le tiene miedo al vacío, también lo es en la política: surgió una red de financiamiento ilegal de la política a candidatos al Congreso de todos los partidos (con la excepción del PC), y a la presidencia de la República en las elecciones del 2009 y 2013 con aportes de grupos económicos y grandes empresas. Este financiamiento de la política fue doblemente ilegal: no había una ley y, además, se hizo a través de delitos tributarios. Los gobiernos de Aylwin y de Frei Ruiz-Tagle no cuestionaron los conflictos de interés que tuvo entre sus negocios y su labor legislativa. Tampoco lo hicieron los partidos de la Concertación[79]. Piñera aprovechó el hecho que la Concertación no tenía mayoría en el Senado, para darle apoyo en proyectos de leyes prioritarios para el gobierno[80].

A manera de conclusión

El proceso constituyente ha provocado un debate sobre los problemas que afectan a la democracia en Chile hoy. Algunos constitucionalistas, cientistas políticos y economistas sostienen que el presidencialismo estaría en crisis, tesis que fundamentan con distintos argumentos. Unos sostienen que la crisis del presidencialismo se expresa en que se ha llegado a un hiperpresidencialismo[81], por la concentración de la autoridad y poder en el presidente de la República, que debilita la separación de poderes, limita la representación política a través del Congreso y dañaría la calidad de la democracia. Otros plantean que la crisis del presidencialismo se debería a que se ha llegado a un *parlamentarismo de facto*, porque el Congreso ha expandido su poder por decisiones de los parlamentarios de la oposición y parlamentarios "díscolos" de los partidos de la coalición que apoyan al gobierno de Sebastián Piñera, atribuyéndose atribuciones exclusivas del presidente de la República. El presidente tendría su autoridad limitada por la injerencia del Congreso en su ámbito propio de atribuciones.

79. Eduardo Frei Ruiz-Tagle desde un comienzo el conflicto de interés que había cuando decidió entrar a la política en 1979 después de la muerte de su padre, el ex Presidente Eduardo Frei Montalva. Era empresario y socio del grupo Sigdo Koppers. Vendió su participación en el holding y entregó su patrimonio a un fideicomiso ciego, del cual él se mantuvo alejado hasta después que abandonó su carrera política.

80. Edgardo Boeninger, ministro SEGPRES del Presidente Aylwin, manifestó su reconocimiento a Piñera: "El acuerdo (tributario) se vio facilitado por el predominio sin contrapeso que en materias económicas tenía entonces en RN el Senador Sebastián Piñera (votante del NO en el plebiscito)". BOENINGER (1997) p.478, nota 94.

81. EYZAGUIRRE *et al.* (2020).

Unos y otros coinciden en la necesidad de terminar con la tradición del presidencialismo iniciada desde que Chile es una república independiente. Se debiera cambiar la forma de gobierno adoptando el semipresidencialismo según el caso de Francia o establecer el parlamentarismo. Arturo Valenzuela[82] había ido antes que estos críticos del presidencialismo afirmando que este había fracasado en Chile y era necesario introducir el parlamentarismo después de Pinochet para alcanzar una democracia estable. "El punto de partida (de este cambio de la forma de gobierno) debe ser el reconocimiento de que el régimen presidencial en Chile fracasó…(S)i el régimen de Chile hubiera sido parlamentario, no se hubiera producido el quiebre de 1973" afirmaba Valenzuela[83]. La tesis de la crisis del presidencialismo reivindicaría el antiguo argumento de Juan Linz[84] de que esta forma de gobierno tiene componentes estructurales que no hacen posible una democracia estable.

No compartimos la tesis de la crisis del presidencialismo. Como hemos argumentado en el artículo existe una crisis de la presidencia de Sebastián Piñera, que se explica por su estilo de liderazgo, que ha dañado la institución presidencial y el proceso político. En consecuencia, el problema político de Chile no se resuelve a través de cambiar la forma de gobierno, sino a través de enfrentar los problemas que dieron origen al estallido social, configurando una coyuntura crítica. Esta se define por una crisis de legitimación del sistema económico y una crisis de representación del sistema político. En pocas palabras, es necesario introducir reformas al "modelo" siguiendo otro paradigma al actual, que sigue siendo de neoliberalismo radical[85]. Esto remite a las bases económicas de la democracia.

Para alcanzar una democracia sin adjetivo, una democracia moderna, cambiar la forma de gobierno no es relevante. Para ello se necesita poner atención a otros componentes institucionales, que se encuentran en "las arenas de la democracia", una de las cuales es el sistema económico[86]. Como se ha dicho, este no se legitimó por los buenos resultados macroeconómicos. Hubo un alto crecimiento, disminuyó la pobreza y los chilenos tuvieron mejores condiciones de vida como nunca antes. Sin embargo, no satisfizo sus expectativas: predominan los bajos salarios, trabajos inestables, altos costos por los bienes públicos proveídos por instituciones privadas y bajísimas pensiones. La percepción que el crecimiento beneficiaba a los más ricos se mostró en los años de mayor crecimiento de la economía[87].

82. VALENZUELA (1985).
83. VALENZUELA (1985) p. 48.
84. LINZ (1994).
85. HUNEEUS (2017).
86. LINZ y STEPAN (1996).
87. Nos remitimos a las encuestas del CERC y a HUNEEUS (2003).

Uno de los principales problemas del sistema económico es el de las desigualdades. Esta es una de las principales fuentes del conflicto político en el siglo XXI, similar a lo que fue en el siglo XX el conflicto de clases como advirtió Inglehart[88]. Las desigualdades son mayores que en los otros países de América Latina, con excepción de Brasil, y son muy altas entre los de la OCDE. El 1% más rico concentra un 28,7% del ingreso, muy superior a los demás países de la base de datos de Piketty y Sáez, en los cuales ningún país llega al 20%. Si se considera un grupo más reducido de personas, el 0,1%, la concentración del ingreso alcanza al 13,7%, más alta que la que existe en EE.UU., 10,5%. Aún más, si se examina el ingreso que posee un porcentaje menor de la población, el 0,01% (unas 1.700 personas), ellas concentran el 6,2% del ingreso, bastante superior al que tiene ese mismo porcentaje de individuos en los EE.UU., que alcanza al 4,4%, muy superior a los países de América Latina considerados en el anexo (con excepción de Brasil) y las democracias avanzadas[89].

Un segundo rasgo de las desigualdades económicas resalta sus considerables efectos políticos. Las desigualdades en Chile no están dispersas, es decir, el poder político está separado del poder económico, que Dahl[90] consideró como un requisito fundamental de una democracia pluralista. Por el contrario, las desigualdades están acumuladas, es decir, los billonarios y los superricos disponen simultáneamente de poder económico y poder político. Los billonarios y superricos controlan las principales organizaciones empresariales[91] y otros tienen poder político para influir en la agenda pública a través del control de medios de comunicación o de la influencia en sus controladores a través del avisaje[92]. Los grupos de interés empresarial no se encuentran frente a organizaciones sindicales influyentes, como en Argentina, Brasil y hasta en los EE.UU. Son muy débiles, lo cual refuerza el poder político de aquellas y una agenda que no enfrenta las desigualdades.

El sucesor del Presidente Piñera se encontrará con una presidencia debilitada, un sistema político aún más afectado por la crisis de representación que lo que estaba al comienzo de este gobierno y una nueva Constitución, que surgirá de un complejo proceso constituyente y en el cual Piñera se ha mantenido al margen. Además, el sis

88. INGLEHART (2016).

89. Los datos de Chile son de ENGEL (2013).

90. DAHL (1961).

91. El presidente de la Sofofa, la influyente organización de los industriales, pertenece a la familia controladora del grupo Matte, uno de los tres más importantes; en su consejo directivo están el presidente de otro de los principales grupos económicos y altos ejecutivos de éstos.

92. Un billonario (Saiéh) controla una cadena de diarios y radios; otro (Luksic), un canal de TV y radios. La Cámara Chilena de la Construcción (CChC) compró en 2018 una radio. Otros superricos financian centros de estudios de derecha (CEP, Instituto Libertad y Desarrollo, la Fundación para el Progreso, Horizontal, entre otros.

tema económico cargará no solo con la baja legitimidad de antes del estallido social, sino también con el impacto de la crisis económica producida por la pandemia y la defectuosa gestión de Piñera. Estos legados del segundo gobierno de Piñera se pueden atribuir a su estilo de liderazgo. *Institutions matter*, pero los presidentes pueden limitar sus alcances y hasta dañarlas. Es lo que ha tratado de mostrar este artículo.

Referencias bibliográficas

ABRANSCHES, Sergio (1988): "Presidencialismo de Coalizao: O Dilema Instituciona Brasileiro", *Dados*, año 31, Nº 1, pp. 5-38.

AMORIM NETO, Octavio (2002): "Presidential Cabinets, electoral cicles, and coalition discipline", en: Morgenstern, Scott y Nacif, Benito (ed.) *Legislative Politics in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, pp.48-78.

AVENDAÑO, Octavio y DÁVILA, Mireya (2018): "Together we govern. Portafolio allocation in Chile (1990-2014)". En MARTÍNEZ-GALLARDO, Cecilia & CAMERLO, Marcelo (eds.). *Government Formation and Minister Turnover in Presidental Cabinets. Comparative Analysis in the Americas*. Londres: Routledge, pp. 90-110.

AVENDAÑO, Octavio y ESCUDERO, María Cristina (2020): "Estallido social, crisis política y solución constitucional en Chile. Lecciones a partir del 18 de octubre de 2019". *Ecuador Debate*, pp. 156-139.

BOENINGER, Edgardo (1997): *Democracia en Chile. Lecciones para la gobernabilidad*. Santiago: Editorial Andrés Bello.

BROWN, Archie (2018): *El mito del líder fuerte. Liderazgo político en la Edad Moderna*. S/l Los confusos del círculo de tierra.

CARAMANI, Daniele (2017): "Will vs. Reason: The Populist and Technocratic Forms pf Political Representation amd Their Critiques to Party Government". *American Political Science Review*, año 111 Nº 1, pp. 54-67.

CASTIGLIONI, Rossana y ROVIRA KALTWASSER, Cristóbal (2016): "Introduction. Challenges to Political Representation in Contemporary Chile", en: *Journal of Politics in Latin America*, año 8 Nº3, pp. 3-24.

CHEIBUB, José Antonio (2007): *Presidentialism, Parliamentarianism,and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

CHEIBUB, José Antonio, PRZEWORSKI, Adam y SAIEGH, Sebastián (2004): "Government Coalitions and Legislative Success Under Presidentialism and Parliamentarism". *British Journal of Political Science* año 34, pp. 565-587.

CHEIBUB, José Antonio (2002): "Minority Governments, Deadlock Situations, and the Survival of Presidential Democracies", *Comparative Political Studies*, año 35 N°3, pp. 284-312.

CHEIBUB, José Antonio y LIMONGI, Fernandi (2002): "Democratic Institutions and Regime Survival: Parliamentary and Presidential Democracies Reconsidered". *American Review of Political Science*, N°5, pp. 151-179.

COLLIER, Ruth Berins y COLLIER, David (1991): *Shaping Political Arena*. Princeton: Princeton University Press.

COLLIER, Simon y SATER, William (1998): *Historia de Chile, 1808-1994*. Cambridge: Cambridge University Press.

CRUZ-COKE, Ricardo (1984): *Historia electoral de Chile 1925-1973*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

DAHL, Robert A. (1961): *Who governs? Democracy and Power in an American City*. New Haven: Yale University Press.

DAZA, Loreto y DEL SOLAR, Bernardita (2017): *Piñera. Biografía no autorizada. Edición actualizada*. Santiago: Debate.

DOYLE, David (2020): "Breakdown, Cooperation, or Backsliding? A Return to Presidents and Legislatures in Latin America". *Latin American Research Review,* año 55 N°1, pp. 168-175.

EDINGER, Lewis J. (ed.) (1967): *Political Leadership in Industrialized Societies*. Nueva York: John Wiley & Sons, Inc.

ENGEL, Eduardo (2013): "El uno por ciento: Chile y el mundo", *La Tercera*, 5 de octubre de 2013.

ESCUDERO, María Crisitina (2018): "El Congreso Nacional: organización y funciones", en: HUNEEUS, Carlos y AVENDAÑO, Octavio (eds.). *El sistema político de Chile*. Santiago: Lom, pp. 119-152.

EYZAGUIRRE, Nicolás, FIGUEROA, Pamela y JORDÁN, Tomás (2020): Crisis del hiper-presidencialismo chileno: ¿Cambio de régimen político. Santiago: Flacso.

FFRENCH-DAVIS, Ricardo (2018): Reformas económicas en Chile, 1973-2017. Santiago: Taurus, Sexta edición.

GREENSTEIN, Fred I. (1982): *The Hidden-Hand Presidency: Eisenhower as Leader.* Nueva York: Basic Books.

GREENSTEIN, Fred I. (ed.) (1988): *Leadership in the Modern Presidency*. Cambridge: Harvard University Press.

GREENSTEIN, Fred I. (2000): *The Presidential Difference. Leadership Style from FDR to Clinton*. Princeton: Princeton University Press.

GREENSTEIN, Fred I. (2000a): "The Qualities of Effective Presidents: An Ovrview from FDR to Bill Clinton". *Presidential Studies Quarterly*, año 30 Nº 1, pp. 178-185.

GUZMÁN, Juan Andrés y ROJAS, Jorge (2017): *Empresarios zombies. La mayor elusión tributaria de la élite chilena*. Santiago: Catalonia-UDP Periodismo.

HARDGROVE, Edwin C. y OWENS, John E., (eds.) (2003): *Leadership in Context*. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.

HELMS, Ludger (ed.) (2012): *Poor Leadership and Bad Governance*. Chaltenham, UK: Edward Elgar.

HUNEEUS, Carlos (1985): *La Unión de Centro Democrático y la transición a la democracia en España*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas- Siglo XXI Editores.

HUNEEUS, Carlos (2003): *Chile, un país dividido. La actualidad del pasado*. Santiago: Catalonia.

HUNEEUS, Carlos (2014): *La democracia semisoberana. Chile después de Pinochet.* Santiago: Taurus.

HUNEEUS, Carlos (2016): *El régimen de Pinochet*. Santiago: Taurus.

HUNEEUS, Carlos (2017): "The quality of democracy: political legacies of economic modernization under authoritarian rule in Chile", en: MOISÉS, José A. (ed.). *Building Democracies. Challenges, Crisis and Responses to Rule of Law, Access to Justice and Political Representation*. Rockville-MD: Global South Press, pp. 111-133.

HUNEEUS, Carlos (2020): "¿Qué le pasó a Chile el 18-o? ¿Hacia la Argentina del siglo XXI?". *Cuadernos* 19, Fundación Manuel Giménez Abad, junio, pp. 136-168. Disponible en https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/cuadernos_19_junio_2020_0.pdf [Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2020].

HUNEEUS, Carlos y COUSO, Javier (eds.) (2016): *Eduardo Frei Montalva: un gobierno reformista. A 50 años de la "Revolución en Libertad".* Santiago: Editorial Universitaria.

HUNEEUS, Carlos y AVENDAÑO, Octavio (2018). "Los partidos políticos y su debilitamiento", en Carlos HUNEEUS y Octavio AVENDAÑO (eds.). *El sistema político de Chile*. Santiago: Lom Ediciones, pp. 153-191.

INGLEHART, Ronald (2016): "Inequality and Modernization. Why Equaliy is Likely to Make a Comeback". *Foreign Affairs* Nº95, pp. 2-10.

IONESCU, Guita (1991): *Leadership in an Interdependent World*. Essex: Logmand.

JARA ROMÁN, Sergio (2018): *Piñera y los leones de Sanhattn. Crónica del auge de la élite financiera chilena*. Santiago: Planeta.

KELLERMAN, Barbara (2004): *Bad Leadership: What It is, How It Happens, Why It Matters*. Boston: Harvard Business School.

LANZARO, Jorge (compilador) (2003): *Tipos de presidencialismo y coaliciones política en América Latina*. Buenos Aires: CLACSO.

LINZ, Juan J. (1994): "Presidential or Parliamentary Democracy: Does it Make a Difference?". En LINZ, Juan y VALENZUELA, Arturo (eds.) *The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, año 1, pp. 3-87.

LINZ, Juan y VALENZUELA, Arturo (eds.) (1994): *The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives*. Baltimore: The Johns Hopkins University Press.

LINZ, Juan J. y STEPAN, Alfred (1996): *Problems of Democratic Transition and Consolidation*. Baltimore: The John Hopkins University Press.

LUNA, Juan Pablo (2017): *En vez del optimismo. Crisis de representación política en el Chile actual*. Ciper-Catalonia.

LLANOS, Mariana y MARGHERITIS, Ana (2006): "Why Do Presidents Fail? Political Leadership and the Argentine Crisis, 1999-2001". *Studies in International Comparative Development*, año 40, Nº4, pp. 77-103.

LLANOS, Mariana y LEIV, Marsteintredet (eds.) (2010): *Presidential Breakdown in Latin America. Causes and Outcomes of Executive Instability in Developing Democracies.* Londres: Palgrave MacMillan.

MAINWARING, Scott y SOBERG SHUGART, Matthew (1997): Presidentialism and democracy in Latin America. Cambrige: Cambridge University Press.

MARTÍNEZ, Christopher A. (2017a): "Sobreviviendo" la presidencia argentina, 1983-2001". *Estudios Internacionales*, Nº186, pp. 91-118.

MARTÍNEZ, Christopher A. (2017b): "Presidential Survival in Latin America: Rethinking the Role of Democracy". *International Political Science Review* Nº38, pp.40-55.

MARTÍNEZ, Christopher A. (2020): "Presidential Instability in Latin America: Why Institutionalised Parties Matter." *Government and Opposition*. doi:10.1017/gov.2020.18.

MAC-IVER, R. M. (1948): *Causación social*. México: Fondo de Cultura Económica.

MORGENSTERN, Scott y NACIF, Benito (ed.) (2002): *Legislative Politics in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press.

NAVARRO, Federico y TROMBEN, Carlos (2019): "Estamos en guerra contra un enemigo poderoso, implacable": los discursos de Sebastián Piñera y la revuelta popular en Chile". *Literatura y Lingüística,* Nº 40, pp. 295-324.

NEUSTADT, Richard E. (1960): *Presidencial Power and the Modern Presidents*. Nueva York:The Free Press.

NYE, Jr., Joseph S. (2008): *The Powers to Lead.* Oxford: Oxford University Press.

RUSTOW, Dankward A. (ed.) (1970): *Philisophers and Kings. Studies in Leadership*. Nueva York: Brazillier.

SHUGART, Matthew Soberg y CAREY, John M. (1992): *Presidents and Assemblies. Constitutional Design and Electoral Dynamics*. Cambridge: Cambridge University Press.

TROMBEN, Carlos (2016): *Crónica secreta de la economia chilena*. Santiago: Ediciones B Chile S.A.

VALENZUELA, Arturo (1985): "Orígenes y características del sistema de partidos políticos en Chile: proposición para un gobierno parlamentario". *Estudios Públicos* Nº 18, pp. 88-154.

VIAL, Gonzalo (1986): *Arturo Alessandri y los golpes militares (1920-1925. Historia de Chile (1891-1973)*. Santiago: Santillana del Pacífico.

WEBER, Max (1982): "La política como vocación", en sus *Escritos políticos*. México: Folios Ediciones, II tomo (originalmente 1920).

Anexo. La concentración de la riqueza en América Latina y en algunos países avazados.

País	Año	1%	0,1%	0,01%
Chile	2013	28,7%	13,7%	6,2%
Brasil	2015	28,3%	13,7%	6,5%
Colombia	2010	20,4%	7,4%	2,6%
Estados Unidos	2014	20,2%	9,3%	4,4%
Argentina	2004	16,8%	7,02%	2,49%
Uruguay	2012	14,0%	4.60%	1.50%
Alemania	2013	13,2%	5,4%	2%
España	2012	8,6%	2,77%	1,01%

Fuente: Elaboración propia con datos de Piketty. T., & E. Sáez en "World Inequality Database", y de Piketty. T., & E. Sáez. (2013). "Top Incomes and the Great Recession Recent", IMF Economic Review, vol. 61, no. 3, pp. 456-478, ambos de https://wid.world/.

Para Chile, Engel (2013) http://www2.latercera.com/voces/el-uno-por-ciento-chile-y-el-mundo/ y https://wid.world/country/chile/.

Para el caso de Brasil se utilizaron datos de Morgan, M., "Falling Inequality beneath Extreme and Persistent Concentration: New Evidence for Brazil Combining National Accounts, Surveys and Fiscal Data, 2001-2015", WID. world Working Paper, 2017/12. https://wid.world/country/brazil/.

Los datos de Colombia se consultaron en Alvaredo, F., Londoño Velez, J., "High incomes and personal taxation in a development economy. Colombia 1993-2010," CEQ working paper 12, 2013. https://wid.world/country/colombia/.

Para Estados Unidos se consultó a Piketty, T., Sáez, E., Zucman, G., "Distributional National Accounts: Methods and Estimates for the United States", WID. World Working Paper, 2016/3. https://wid.world/country/usa/.

Los datos de Argentina se consultaron en Alvaredo, F., "The Rich in Argentina over the Twentieth Century, Top Incomes: A Global Perspective", OUP, 2010. https://wid.world/country/argentina/.

Para Uruguay se utilizaron datos de Burdín, G., de Rosa, M., Vigorito A., "Uruguay Estimates of Top Income Shares 2009-2012", WID. World Technical Note, 2015/2. https://wid.world/country/uruguay/.

En el caso de Alemania se consultó a Bartels, C. "Top incomes in Germany, 1871-2013", WID. world Working Paper 2017/18. ; Bartels, C., Jenderny, K., "The Role of Capital Income for Top Incomes Shares in Germany", WID. world Working Paper, 2015/1. https://wid.world/country/germany/.

Para España se utilizaron datos presentes en Alvaredo, F., Estévez Bauluz, L., "Spain: Estimates of Top Income Shares 2011-2012, and Revision for 2001-2010", WID. World Technical Note, 2014/4. https://wid.world/es/country/es-spain/.

(*) La información corresponde al último año de estudio de cada país consultado en 09/2018 y revisado por última vez en 06/2020.

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DICIEMBRE 2020 • E-ISSN 0719-2150 • VOL. 11 • Nº 2. PÁGS 177-205
RECIBIDO 20/07/2020 - APROBADO 16/11/2020
DOI 10.7770/RCHDCP-V11N2-ART2269

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Financiamiento de las campañas a la cámara de diputados en Chile 2017: estimación de factores explicativos

Campaign finance in the 2017 chamber of deputies elections in Chile: estimation of explanatory factors

Rafael Hernández Araya[1]

Investigador independiente

RESUMEN En el año 2017 debutó el nuevo sistema proporcional para las elecciones parlamentarias en Chile, en conjunto con las nuevas reglas sobre financiamiento de campañas. Se proponen tres modelos de regresión lineal que toman como variable dependiente el gasto de las candidaturas, aportes de los partidos, y aportes propios, estimando el efecto de la incumbencia, densidad poblacional, participación en elección pasada, coalición y sexo. Se halla que los incumbentes gastan más, lo que es transversal a todas las coaliciones, y que la coalición Chile Vamos incurre en gasto sustantivamente mayor que sus competidores. Además, los candidatos de la Nueva Mayoría recurrieron más al financiamiento desde sus partidos, en comparación al resto de las coaliciones. La densidad poblacional no es significativa, y la participación en 2016 incide en los aportes propios. Las mujeres gastaron levemente menos que los hombres y realizaron menos aportes propios, pero los partidos donan indistintamente del sexo.

PALABRAS CLAVE Gasto electoral; aportes a campañas; elecciones parlamentarias; incumbentes; financiamiento de la política.

ABSTRACT In 2017 the new proportional system made its first appearance for the legislative elections in Chile, along with the new rules for campaign financing. Three linear regression models are proposed taking campaign expendi

1. Rafael Hernández Araya. MSc Public Policy and Administration (London School of Economics, 2018). Investigador independiente. E-mail: rafael.hernandez.a@alumni.lse.ac.uk.

ture, contributions from parties, and self-funding as dependent variables, and estimating the effects of incumbency, population density, turn-out in the last election, coalition and sex. Incumbents are more prone to expenditure across each coalition, and Chile Vamos spends markedly more than its competitors. Additionally, candidates from Nueva Mayoría depended more on contributions from their parties in comparison to other coalitions. Population density has no effect, although turn-out in the last election has a positive effect on self-funding; women spent slightly less than men, and less from their own income, although gender is not significant for party financing.

KEYWORDS Electoral spending; campaign funding; congressional elections; incumbents; political financing.

Introducción

En noviembre de 2017 debutaron las nuevas reglas para las elecciones parlamentarias en Chile. La novedad radica en la aplicación de un nuevo sistema electoral que viene a reemplazar al antiguo binominal, y en la reforma al esquema de financiamiento del gasto electoral. El proceso se caracterizó por la apertura del sistema político a nuevos partidos o fuerzas políticas[2], una participación electoral menor a la mitad del padrón electoral, la disminución de la propaganda electoral en las calles y la supresión de los aportes de empresas a las candidaturas.

En América Latina, la literatura que analiza el financiamiento de la política y sus resultados electorales es más bien escasa[3]. Los estudios de financiamiento electoral se concentran mayormente en Estados Unidos; además, el canon ha apuntado principalmente a estudiar los efectos del gasto sobre los votos obtenidos, y no tanto en los factores que explican tal o cual magnitud en el gasto.

Ya se han publicado algunos trabajos que analizan la elección de 2017[4]. Sin embargo, hacen referencia a variables contextuales y a cómo los resultados de los comicios impactan en el sistema político, en un sentido amplio. Sin embargo, aún no hay análisis académicos sobre el financiamiento electoral. El presente trabajo busca contribuir al entendimiento de por qué las candidaturas gastan lo que gastan, y cómo se financian, tomando como estudio de caso las elecciones de 2017 para la Cámara de Diputados de Chile. Para esto, se proponen tres modelos de regresión lineal multivariada tomando como variable de salida el gasto electoral, aportes de partido y aportes propios. Los datos se obtienen de fuentes oficiales y públicas, y se procesan a través de software de análisis estadístico.

2. BUNKER (2018).

3. MORALES y PIÑEIRO (2010).

4. TORO y VALENZUELA (2018); BUNKER (2018); FUENTES (2018).

En la primera sección se repasa la literatura relevante, abordando los aportes más significativos, una revisión de experiencias extranjeras, y se aborda qué se ha escrito al respecto para el caso de Chile. Seguidamente, se caracteriza la nueva institucionalidad que rige las elecciones en Chile y sus diferencias con el modelo anterior; posteriormente, se exponen los resultados de la elección. Luego, son presentados el diseño de la investigación, el tratamiento de los datos, las hipótesis propuestas, y se discuten los resultados obtenidos. Finalmente, se comentan las principales conclusiones.

Breve estado del arte sobre financiamiento electoral

A nivel comparado, existe profusa literatura sobre gasto electoral, especialmente en aplicaciones al caso de Estados Unidos. Tradicionalmente, el diseño de investigación busca evaluar posibles vínculos entre el gasto de campaña y los *outcomes* electorales; en este tipo de trabajos la hipótesis a evaluar es la potencial existencia de una relación directa entre mayor gasto electoral y mayor votación. Por otra parte, existe también una literatura mucho menos vasta, en la que el diseño de la investigación considera al gasto electoral como variable dependiente en función de variables explicativas como incumbencia, género, obligatoriedad del voto, entre otras.

Respecto al primer tipo de estudios, valiéndose del uso de estimaciones de mínimos cuadrados ordinarios (OLS, por sus siglas en inglés), las investigaciones empíricas inicialmente indicaban que el efecto del gasto electoral era marcadamente diferenciado para incumbentes y desafiantes. Esta premisa derivaba del trabajo de Gary C. Jacobson[5], quien usando modelos de regresión realizó un seguimiento de cuatro elecciones consecutivas a la Cámara de Representantes de Estados Unidos, arribando a la conclusión de que mayor gasto electoral por parte de los incumbentes virtualmente no tiene ningún efecto en la votación obtenida. Una posible explicación sugiere que los incumbentes explotan los extensivos recursos de información disponibles para los miembros del Congreso, saturando a los votantes con información sobre sí mismos, antes de que la campaña comience formalmente. Por tanto, al iniciarse la campaña y, por ende, al empezar a computarse el gasto electoral, el efecto marginal de un peso gastado produce retornos en las preferencias del votante muy modestos; por el contrario, los desafiantes comienzan la campaña sin tener mayor presencia, por tanto, cuentan con mayor espacio para darse a conocer ante el electorado, y como consecuencia de ello el rendimiento del gasto electoral es mayor. Es decir, por cada peso gastado, el retorno en términos de conocimiento por parte del electorado es mayor, y su efecto potencial sobre la votación obtenida también es mayor[6].

5. JACOBSON (1974; 1980; 1984 y 1985).

6. JACOBSON (1990).

Sin embargo, aquella aproximación no ha estado exenta de críticas. Green y Krasno[7] exponen una falencia elemental que haría subestimar el efecto del gasto de los incumbentes: la calidad del candidato. Cuando se controla por la calidad del candidato -atractivo electoral y habilidades en campaña-, la diferencia en el rendimiento del gasto electoral entre incumbentes y desafiantes es menor a lo propuesto inicialmente por Jacobson. Además, la inclusión de esta variable permitiría identificar interacciones entre variables explicativas; esto es, el resultado electoral podría estar mediado por el acople entre el gasto y la calidad del candidato. Para incumbentes fuertes el retorno del gasto efectivamente es marginal, pero para aquellos que enfrentan desafiantes competitivos la relevancia del gasto en su performance electoral aumenta[8].

Así, para el caso estadounidense hay evidencia en favor de la tesis de que el gasto es significativo solo para desafiantes[9], aunque por otro lado la importancia explicativa de aquel factor en las votaciones habría disminuido, al menos durante las elecciones de los setenta y ochenta en la Cámara de Representantes[10]. Matizando estas conclusiones, Gerber[11] encuentra que en las elecciones a la Cámara de Representantes efectivamente el gasto de los incumbentes tiene un efecto no significativo, pero en el Senado se vuelve relevante y además se iguala entre incumbentes y desafiantes. Esto tendría lugar puesto que la información que el votante tiene acerca del incumbente y desafiante en las postulaciones al Senado son muy similares, a diferencia de las elecciones a la cámara baja en donde los desafiantes son menos conocidos y por tanto su gasto les reditúa mayor posicionamiento. Al contrario, Erikson y Palfrey[12] muestran que el gasto de los incumbentes tiene efectos significativos en la performance electoral, a todo evento. La novedad de este trabajo radica en que, en vez de usar Mínimos Cuadrados Ordinarios, los autores optan por un modelo de ecuaciones simultáneas para estimar parámetros de máxima verosimilitud con información completa; la conclusión a la que arriban es que una menor efectividad del gasto en incumbentes es un proceso acumulativo. Esto quiere decir, que una vez que son elegidos, en las siguientes elecciones en que busquen su reelección los retornos del gasto se vuelven decrecientes.

7. GREEN Y KRASNO (1998).
8. MOON (2006).
9. ABRAMOWITZ (1988); JACOBSON (1985).
10. ABRAMOWITZ (1991).
11. GERBER (1998).
12. ERIKSON y PALFREY (1998).

Siguiendo con el caso estadounidense, trabajos más recientes han aportado nuevas variables y aproximaciones metodológicas para estimar los efectos del gasto. Por ejemplo, Abbe y Hernsonn[13] estudian la "profesionalización" de las campañas -la contratación de consultores y asistentes en la campaña para distribuir propaganda correo por correo, por los medios, realizar encuestas, etcétera- a nivel de legislaturas de los estados. Sus resultados apuntan a que la "profesionalización" de las campañas es función del gasto electoral, que en las elecciones sin incumbente (*open seat*) los candidatos suelen gastar más en este ítem, y que el recurrir a profesionales tiene un efecto positivo en la performance de los desafiantes.

En lo referente a elecciones de jueces, Hall y Bonneau[14] hallan que el mayor gasto en campaña aumenta la participación electoral. Por su parte, Sparks[15] investiga, en el contexto de primarias abiertas en California y Washington para definir candidatos a las elecciones parlamentarias generales; los hallazgos indican que el gasto varía dependiendo de si en la primaria compiten candidatos de un mismo partido, o de varios. Cuando se trata de competencia dentro del partido, los desafiantes gastan más y su gasto rinde más del doble en los votos obtenidos, respecto a los incumbentes.

Asimismo, Butcher y Milyo[16] analizan a lo largo de sucesivas elecciones, y de diferentes estados, límites a cuánto puede donarse a las campañas, y financiamiento público parcial, tienen un efecto marginal en las posibilidades de los incumbentes. Sin embargo, financiamiento público completo y prohibición de donaciones corporativas aumenta significativamente las probabilidades de reelección. Sprick[17], usando datos sobre las transacciones realizadas con los ingresos electorales y encuestas electorales, constata que el gasto en propaganda y eventos aumenta el apoyo electoral, cambia la composición de aquellos que participan de la elección -aunque no modifica la intención de voto de un candidato a otro-, y que el gasto en propaganda tiene un efecto mayor sobre los votantes poco informados, que se identifican con un partido, y que declaran estar descontentos con el estado de la economía.

13. ABBE Y HERNSONN (2003).
14. HALL Y BONNEAU (2008).
15. SPARKS (2018).
16. BUTCHER Y MILYO (2020).
17. SPRICK (2020).

Adicionalmente, existen aplicaciones de este mismo marco de análisis, a otras latitudes. Tal como en la literatura tradicional, en Corea el gasto es más efectivo en las campañas de desafiantes que de incumbentes[18]. Similar es lo acaecido para Irlanda; Benoit y Marsh[19] hallan evidencia del efecto positivo del gasto electoral en los votos obtenidos, siendo también significativo únicamente para desafiantes. Lo relevante de su trabajo es que explican que en la práctica no es que el gasto de los incumbentes sea menos efectivo, sino que estos cuentan con gasto "escondido" que no es reportado como gasto propiamente tal, en las cuentas oficiales. Con esto, se refieren al tiempo de trabajo del staff a su disposición, reembolsos por viajes, apariciones públicas relacionadas con actividades oficiales, y envío de correo frecuente. Una vez consideradas estas prerrogativas como gasto electoral y calculadas como tal, la efectividad del gasto de los incumbentes se vuelve sustancialmente mayor, logrando equipararse con la de los desafiantes. Por otra parte, Johnson[20] encuentra que no hay diferencias en los efectos del gasto sobre la performance electoral, para los casos de Brasil, Finlandia e Irlanda; su explicación radica en que la permisividad del sistema de representación proporcional alienta a los desafiantes que tienen capacidades limitadas para desarrollar apoyo electoral, incluso cuando gastan mucho. En las elecciones locales de Israel, Ben-Bassat *et al*[21] encuentran que no hay relación entre el gasto electoral y la votación obtenida. Para Alemania Fink[22] halla algo de efecto para las elecciones federales, pero no para las locales; y en Bélgica[23] el efecto es débil.

Si bien, como se ha mostrado, se han aportado numerosas contribuciones respecto a los efectos del gasto electoral en la votación obtenida, estudios que tomen el gasto como variable dependiente parecen ser menos recurrentes. Para Estados Unidos, Hogan[24] toma las elecciones en las legislaturas estatales, y encuentra que las leyes sobre financiamiento electoral tienen un efecto significativo en el gasto por candidato: límites a los aportes y financiamiento público disminuyen el gasto de los incumbentes, mientras que el financiamiento público incrementa el gasto de los desafiantes. Además, rasgos de los candidatos y de sus distritos también tie

18. SHIN *et al* (2005).
19. BENOIT y MARSH (2008; 2010).
20. JOHNSON (2012).
21. BEN-BASSAT *et al* (2015).
22. FINK (2012).
23. MADDENS y PUT (2013).
24. HOGAN (2000).

nen impacto. Adicionalmente, examina si es que existen diferencias por género[25], sin encontrar diferencias significativas entre hombres y mujeres en la cantidad disponible para gastar. Por su parte, para las elecciones locales en Estados Unidos, Weinscheck y Holbrook[26] hallan que en aquellos gobiernos locales donde el salario del alcalde es superior, los candidatos tienden a gastar más.

En lo referente a Chile, la literatura académica empírica ha abordado el financiamiento electoral para las campañas parlamentarias en variadas ocasiones. Díaz Rioseco *et al*[27] realizan un análisis descriptivo para 24 campañas electorales desplegadas en seis distritos en la Región Metropolitana durante las elecciones parlamentarias de 2005. Valiéndose de la observación participante, realización de entrevistas semiestructuradas con activistas políticos e informantes clave, además de la información pública, se identifica una presencia de mayor gasto electoral en el caso de los incumbentes que de los desafiantes; a pesar de que esta tendencia es transversal a los distintos tipos de distrito, tomando solamente a los incumbentes, aquellos de la coalición derechista Alianza por Chile elegidos en distritos populares tienden a reportar niveles de gasto significativamente mayores que sus pares de la coalición de centro-izquierda "Concertación".

Otro trabajo descriptivo a este respecto corresponde a Agostini[28]. El autor pone de relieve la importancia de la reforma al financiamiento de la política del año 2003, que buscó regular el dinero en las campañas respecto al estado de cosas anterior, en que no había regulación en absoluto; se constata que en el período 2009-2010 hubo un aumento importante en el número de candidatos que recibieron donaciones y levemente en los montos donados promedio, respecto al período 2005-2006. Esto podría ser expresión de un mayor grado de formalización de los aportes, aunque existe una duda razonable sobre la magnitud de dichas donaciones y del gasto que no es declarado formalmente. Además, se halla que para los partidos pequeños el financiamiento fiscal es más sustantivo -como parte de sus ingresos- que para los partidos grandes; adicionalmente, la evidencia presentada muestra que el gasto sí tiene un efecto en la fracción de votos que obtiene un candidato.

25. HOGAN (2007).
26. WEINSCHECK y HOLBROOK (2014).
27. DÍAZ RIOSECO *et al* (2006).
28. AGOSTINI (2012).

Los estudios explicativos han abordado el tema tomando el gasto como variable independiente sobre el resultado electoral[29], o bien considerando el gasto como variable de salida respecto a otros factores[30]. En el primer caso, para las elecciones de 2005 Morales y Piñeiro encuentran un efecto significativo del gasto en el resultado electoral de los incumbentes, a diferencia de la literatura tradicional sobre la materia. Adicionalmente, para aquellos incumbentes con más de un período en el cargo el retorno del gasto resulta aún mayor. Por otra parte, los incumbentes que en la elección anterior ganaron con más comodidad, contrario a lo esperado, reportan mayores niveles de gasto. Para evitar la endogeneidad entre ambas variables, los autores despliegan un modelo de regresión en dos etapas (*two stage least square*). Por su parte, Navia y Acevedo proponen un método no endógeno para medir el gasto electoral; se trata de considerar el gasto efectivo de cada candidato, como porcentaje del máximo de gasto permitido en su distrito. Tomando las elecciones tanto de diputados y senadores en 2005 y 2009, se observa que el gasto efectivamente tiene un efecto significativo en el resultado electoral, pero menor a lo reportado cuando se usa el gasto del candidato respecto al gasto total, o el gasto por voto, como variable dependiente.

Respecto al segundo tipo de estudios, Johnson se propone analizar el efecto de la incumbencia y de los distintos tipos de contribuciones a las campañas que permite la legislación, sobre el gasto. De sus resultados se infiere que dado el sistema electoral binominal -vigente para ese entonces-, contrario a lo esperado habría una relación inversa entre el gasto del incumbente, y qué tan competitiva es la respectiva elección. Por las mecánicas propias del sistema, la competencia se da principalmente dentro de la coalición, más que respecto a la coalición contraria. Ya que cada una de las listas de las dos principales coaliciones, tiene prácticamente asegurado uno de los dos cupos en el distrito, el competidor es más el compañero de lista que el candidato de la coalición opositora; por tanto, mayor gasto electoral por parte del incumbente es más bien una protección contra la competitividad su propio compañero de lista -aunque se corre el riesgo de endogeneidad entre competitividad y gasto electoral, puesto que la primera puede ser resultado de la segunda, según señalan Navia y Acevedo[31]-. Finalmente, Navia e Iturra analizan los componentes del gasto para las elecciones municipales de 2008 y 2012;

29. MORALES y PIÑEIRO (2006); NAVIA y ACEVEDO (2015).

30. JOHNSON (2011); NAVIA e ITURRA (2016).

31. NAVIA y ACEVEDO (2015).

en este caso, similar a lo hallado por Morales y Piñeiro, los incumbentes gastan más en propaganda que los desafiantes. Por lo demás, en comunas con niveles más altos de educación los candidatos gastan menos en desplazamientos y más en servicios, mientras que en zonas rurales y en comunas con más pobreza se gasta más en desplazamiento y menos en propaganda.

El financiamiento electoral en Chile: nueva institucionalidad

En el año 2016, con la promulgación de la Ley N° 20.900, tuvo lugar una reforma que modifica sustancialmente el esquema de financiamiento electoral en Chile "al pasar de un modelo de financiamiento principalmente privado y sin control a un modelo principalmente público y con fuertes controles"[32].

La literatura se ha abocado a investigar las reformas al financiamiento de la política desde una perspectiva *public choice*; es decir, se busca responder a la pregunta del porqué los incumbentes buscarían restringir para sí mismos los límites y esquemas de financiamiento permitidos[33]. Para el caso de Chile, Fuentes[34] hace hincapié en los escándalos de corrupción como un factor importante para entender el *timing* de las reformas. En efecto, hasta antes de 2003 no existía en Chile regulación del financiamiento de la política; solo someramente la legislación prohibía aportes a campañas electorales desde el extranjero, y establecía una franja electoral gratuita en televisión durante el período de candidaturas. Sin embargo, durante aquel año se dieron a conocer casos de corrupción que involucraban a funcionarios de gobierno en pago de sobresueldos y desvío de dineros públicos para financiar campañas electorales. El proceso de formulación de la política de modernización del Estado en Chile durante el año 2003 ha sido profusamente estudiado[35]. En lo medular, tras un acuerdo político-legislativo entre el Gobierno y la oposición, en que se tomó como referencia las propuestas de un influyente centro de estudios -el Centro de Estudios Públicos, CEP- se discutió y aprobó un paquete de medidas legislativas de amplio alcance, que establecía nuevas regulaciones para los procedimientos administrativos (Ley N° 19.880), selección de altos cargos en la administración del Estado (Ley N° 19.882), financiamiento de la política (Ley N° 19.884), beneficios tributarios a las donaciones (Ley N° 19.885), y compras públicas (Ley N° 19.886), entre otros.

32. FUENTES (2018) p. 111.

33. SCARROW (2004); ABRAMS y SETTLE (2004); EVANS (2007); ANDERSON y THAM (2014); CASTAÑEDA (2018).

34. FUENTES (2018).

35. OLAVARRÍA GAMBI *et al* (2011); FIGUEROA-HUENCHO *et al* (2011); TELLO (2011); OLAVARRÍA GAMBI (2012); RAMOS y SCROLLINI (2013).

Desde el 2003 al 2016 todas las campañas funcionaron bajo aquella regulación. Sin embargo, el sistema adolecía de diferentes problemas: por ejemplo, si bien se establecía un aporte estatal basal pagado como adelanto o bien como reembolso, la mayor parte de los montos incurridos provenían de donaciones privadas. Una parte muy sustantiva de aquellos aportes se otorgaba bajo el carácter de "reservados", con lo que al menos, formalmente, ni el candidato ni el público sabría la identidad del aportante:

> *Al permitirse incentivos tributarios a las empresas para hacer donaciones, la mayoría de las contribuciones se canalizaron a través de empresas que realizaban donaciones en montos significativos. Como los partidos de derecha tenían mayores vínculos con el sector privado, recibían un mayor número de aportes, en una relación 3:1 respecto de los partidos de centro-izquierda*[36].

Sin embargo, como se ha mencionado, en buena parte de los casos la identidad del aportante sí era conocida por el candidato, por lo que el sistema operaba perpetuando un financiamiento inaccesible para la ciudadanía, pero de fluida comunicación entre empresarios aportantes y políticos financiados.

Durante el año 2014 estalló un nuevo episodio de corrupción, que involucraba al *holding* empresarial Penta; uno de sus ejecutivos declaró la existencia de un sistema de aportes para campañas del partido de derecha Unión Demócrata Independiente (UDI), en el que se pagaban boletas de honorarios a operadores del partido, por servicios que nunca fueron prestados. Con esto, se disminuía la base imponible y por tanto permitía evadir impuestos, y además los dineros se triangulaban para cubrir los gastos de campaña.

Al año siguiente, la investigación detectó un sistema de aportes paralelo, a través de la empresa Sociedad Química y Minera de Chile (SOQUIMICH) en el que también a través de la emisión de boletas fraudulentas se derivaban fondos a militantes de partidos de la coalición de centroizquierda: "hacia junio de 2015, poco más del 10% de los congresistas enfrentaba investigaciones judiciales. De las quince investigaciones, ocho se referían a financiamiento de campañas, cinco se asociaban con casos de corrupción"[37]. Sumado a esto, se descubrió un episodio de negociaciones por compra de terrenos con fines especulativos, que involucraba al hijo de la Presidenta y una posible operación de tráfico de influencias. Con esto, la popularidad de la Presidenta Bachelet comenzó a deteriorarse sistemáticamente, bajando de 54% al inicio de su gobierno al 24% a diciembre de 2015[38]. Como reacción, el Gobierno convocó a una comisión con el objeto de generar propuestas para combatir la corrupción, cuyo

36. FUENTES (2018) p. 116.

37. FUENTES (2018) p. 118.

38. GAMBOA y SEGOVIA (2016).

informe final contenía numerosas medidas de reforma a la institucionalidad de los partidos políticos y del financiamiento electoral.

En síntesis, hasta antes de 2016 existía formalmente una regulación para el financiamiento de la política. Sin embargo, lo que en un inicio fue una investigación tributaria, terminó derivando en que los persecutores judiciales durante el año 2014 descubrieran una extensa red de financiamiento privado, secreto e ilegal que operaba al menos desde 2010[39], aunque probablemente incluso con anterioridad, y transversal a la mayor parte de los partidos. Los aportes provenían de numerosas grandes empresas (pesqueras, mineras, entre otras) e importantes grupos económicos. Con estos dineros se financiaban campañas electorales a expensas de la legislación establecida, y por tanto los montos que se declaraban como gasto por parte de las candidaturas eran sustancialmente menores a los que en la práctica efectuaban, por la vía del financiamiento paralelo.

La investigación supuso el procesamiento judicial de un senador y la presentación de antecedentes contra otros varios parlamentarios.

A esto se suma el hecho de que la legislación tampoco disponía de financiamiento para que los partidos cubrieran sus gastos de funcionamiento regular, más allá de las campañas electorales. Es decir, desde el retorno a la democracia en 1990 hasta la legislación de 2016 no se dispuso, durante un cuarto de siglo, de financiamiento fiscal para la actividad de los partidos políticos.

En efecto, la nueva legislación de 2016 suprimió el financiamiento de empresas tanto a candidaturas como a partidos, rebajó ostensiblemente el monto máximo de los aportes de personas naturales a las campañas, y disminuyó a la mitad el límite máximo de gasto electoral permitido. Además, los topes a los aportes sin publicidad de la identidad del donante también se bajaron para evitar riesgo de captura, puesto que con el anterior esquema muchos de los candidatos que más gastaban eran financiados con aportes reservados, pero en la práctica la identidad del donante sí les era conocida. Adicionalmente, se aumenta el aporte fiscal a las campañas, se limita el espacio físico para la instalación de propaganda electoral, y aumenta las atribuciones fiscalizadoras del organismo encargado de las elecciones. Finalmente, se promulgó también una modificación constitucional (Ley N° 20.870) que establece la cesación en los cargos de parlamentario, alcalde, consejero regional y concejal, por infracción grave a las normas sobre gasto electoral.

39. EQUIPO CIPER, "La caja negra de las platas políticas que sacude a la UDI". Disponible en: < https://www.ciperchile.cl/2014/09/30/la-caja-negra-de-las-platas-politicas-que-sacude-a-la-udi/¬. [Fecha de consulta: 14 de octubre de 2020].

Elecciones con las nuevas reglas

En el año 2014 se reformó el sistema electoral para la elección de diputados y senadores. Adicionalmente, como se ha explicado, el 2015 hubo un cambio al esquema de financiamiento. Las elecciones de consejeros regionales, parlamentarias y presidenciales tuvieron lugar en noviembre de 2017; sin embargo, las nuevas reglas de financiamiento debutaron el año 2016 en las elecciones municipales.

Para las elecciones de alcaldes y concejales de 2016 la mayor novedad fue la participación particularmente baja, de 35%. Si bien, la participación ya venía a la baja producto de la derogación del voto obligatorio, en el año 2012 la asistencia a las urnas fue del 42% de la población habilitada para sufragar. Cambió también, producto de las nuevas reglas electorales, la composición del financiamiento de las campañas:

Tabla 1. Financiamiento de campañas de alcaldes, 2012 y 2016.

	2012	**2016**
Aportes de los partidos	9%	28%
Aportes de personas	47%	15%
Aporte propio	10%	24%
Aporte fiscal	34%	33%

Fuente: Elaboración propia con datos del Servel.

Se observa una mayor preminencia del aporte de los partidos. Esto, puesto que la reforma dispuso un aumento en la cuantía del anticipo que pueden solicitar los partidos antes de la campaña; de esta forma, los partidos perciben un ingreso inicial (en función de su votación en la elección anterior), y al comienzo del período de campaña lo reparten entre sus candidatos -e independientes que van en su lista en la papeleta-. Del mismo modo, una vez concluido el período eleccionario, los candidatos reciben un reembolso calculado en función de la cantidad de votos obtenidos, que suple aquella parte del gasto no cubierta por el anticipo fiscal. El monto del reembolso también fue aumentado con la reforma, lo que explica el aumento de los aportes propios; así, los candidatos incurren en mayores gastos a cuenta propia -principalmente, a través de créditos con instituciones financieras- pues tienen la certidumbre de que buena parte de aquellos montos, o la totalidad, les será finalmente reintegrado.

Asimismo, aumentó la tasa de reelección. En las elecciones de 2004, 67% de los alcaldes que compitieron como incumbentes ganaron las elecciones. Para los comicios de 2008, la tasa fue de 63%, y en el año 2012 el 60%. Es decir, en tres elecciones la tasa de éxito de los incumbentes bajó 7%. Sin embargo, en las elecciones de octubre de 2016 de los 289 alcaldes en ejercicio que buscaban su reelección, 210 lo lograron. Esto

se traduce en una tasa de éxito del 73% para los incumbentes, revirtiendo la tendencia y volviendo más difícil para los desafiantes competir por un cupo.

Ahora bien, respecto a las elecciones parlamentarias de 2017, los cambios en la institucionalidad resultaron más significativos. En primer lugar, se cambió la fórmula electoral, pasando del antiguo sistema electoral binominal vigente desde 1989 a uno de representación proporcional moderada de tipo D'Hondt (Ley N° 20.840). Las razones que explican la reforma tienen que ver principalmente con que, bajo el antiguo sistema, los partidos o pactos podrían presentar un máximo de 120 candidaturas para la Cámara de Diputados, distribuidas en 60 distritos a lo largo del país con dos candidatos en la lista por cada uno. Esta configuración resultaba particularmente problemática para los grandes partidos de la coalición Nueva Mayoría (Partido Demócrata Cristiano, Partido Socialista y Partido Por la Democracia) ya que no podían competir en todos los distritos y la negociación para acoplar los candidatos de los distintos partidos a lo largo de los distritos era marcadamente difícil[40]. Ahora con un promedio de candidatos por distrito (M) de 5,5, y pudiendo además presentar un máximo de M+1 candidatos, la negociación se descomprime y no hay necesidad de omitir candidatos porque la configuración de la lista ya no resulta incompatible.

Los nuevos distritos para la Cámara de Diputados no son exactamente nuevos, en un sentido literal, sino que "fueron producto o de la fusión de dos o más distritos antiguos o de un nuevo dibujo atendiendo la densidad poblacional y los intereses políticos subyacentes"[41]. Consecuentemente, el mapa distrital resultante beneficia más al centro metropolitano y a las zonas extremas, mientras que la pérdida real es de aquellas zonas más pobres[42]. Todos estos factores cambiaron las expectativas de los actores:

> *el cambio del sistema electoral produjo que al menos 17 diputados decidieran competir al Senado y que otros 19 no volvieran a postular. Es más, para el año 2017 solo 84 diputados (79%) buscaron la reelección, cifra más baja que los anteriores períodos en que aproximadamente el 90% volvía a postular al cargo. Además, de los que repostularon, el 76,2% fue reelecto, solo cinco puntos menos que en 2001, año más bajo de reelección de incumbentes con el anterior sistema*[43].

La coalición de centroizquierda Nueva Mayoría fue la que cosechó peores resultados, puesto que de los 20 incumbentes que perdieron su reelección, 16 pertenecían a ese pacto. Por su parte, la coalición de derecha Chile Vamos obtuvo los mejores

40. GAMBOA y MORALES (2016).

41. TORO y VALENZUELA (2018).

42. ALTMAN (2016).

43. TORO y VALENZUELA (2018) p. 224.

resultados, ya que sus dos principales partidos, Renovación Nacional (RN) y la Unión Demócrata Independiente (UDI) obtuvieron 36 y 31 escaños respectivamente, convirtiéndose en los partidos más exitosos.

Además, con el nuevo sistema se rebaja el umbral para acceder a un escaño, lo que motiva a nuevas fuerzas a entrar en competencia. Es el caso del nuevo partido Evolución Política, que compitió en la lista de Chile Vamos, granjeándose seis diputaciones. Finalmente, la nueva coalición de izquierda llamada Frente Amplio resultó particularmente exitosa; dado que se componía de partidos nuevos, tenían poco acceso a recursos, lo que los obligó a una estrategia "más selectiva y eficiente en la elección de los territorios a competir"[44], con lo que pudieron acceder a 20 escaños. Finalmente, el Partido Demócrata Cristiano (DC) se escindió de la Nueva Mayoría. Con esto, se formó una coalición electoral llamada Convergencia Democrática con otros partidos menores de izquierda; esto perjudicó marcadamente a la DC, puesto que pasaron de tener 22 diputados y ser la fuerza electoral más importante de la ex–Nueva Mayoría, a tener 14 diputados siendo superados por las otras tres coaliciones. Respecto a las nuevas coaliciones, Frente Amplio y Convergencia Democrática, la obtención de más de 10% de los votos para cada una de estas dos terceras fuerzas es un hecho histórico inédito. En las elecciones anteriores, cuando el mapa electoral giraba en torno a la Nueva Mayoría y Chile Vamos -Concertación y Alianza, para ese entonces-, ambos pactos se llevaban más del 90% de la votación en elecciones de diputados[45].

Tabla 2. Resultados de las elecciones de diputados, 2017.

	Número de votos	**Porcentaje de votos**	**Número de escaños**	**Porcentaje de escaños**
Chile Vamos	2.318.719	38,7	72	46,5
La Fuerza de la Mayoría	1.442.196	24,1	43	27,7
Frente Amplio	989.353	16,5	20	12,9
Convergencia Democrática	640.612	10,6	14	9,0
Por Todo Chile	235.576	3,9	1	0,6
Coalición Regionalista Verde	115.323	1,9	4	2,6
Otros	225.471	4,3	1	0,7
Total	5.997.250	100,0	155	100,0

Fuente: Elaboración propia con datos del Servel.

44. TORO y VALENZUELA (2018) p. 225.

45. BUNKER (2018).

En síntesis, las elecciones parlamentarias de 2017 muestran un salto significativo en la volatilidad electoral respecto a las tendencias que caracterizaron a la democracia chilena desde el retorno a la democracia[46]. Esto, según Cruz y Varetto podría deberse tanto a las modificaciones a las reglas electorales como a cambios en la identificación partidaria -especialmente en los más jóvenes-. En línea con lo indicado por Santana *et al*[47], el aumento de la volatilidad electoral también supuso una acentuación de la fragmentación partidaria en el Congreso.

Diseño de investigación y metodología

El presente trabajo se propone explorar los efectos de distintos factores sobre el gasto electoral realizado por los candidatos en las elecciones para la Cámara de Diputados en Chile de 2017. Para esto se despliegan tres modelos de regresión lineal multivariable; esto permite captar el efecto de los factores independientes sobre una variable de salida continua, como es el gasto incurrido, los aportes de los partidos o el aporte propio. Los datos son los reportados públicamente por el Servicio Electoral, y que corresponden a 30.791 ingresos aportados a 939 candidaturas. La información permite desagregar por tipo de ingreso y su monto, permitiendo agregar los totales de cada ítem de ingreso por candidato. Los datos, una vez obtenidos, han sido procesado usando el software de análisis estadístico Stata.

Para el primer modelo, siguiendo a Navia y Acevedo[48] se define como variable dependiente el gasto en función del límite máximo permitido. La legislación establece un límite de gasto electoral para cada distrito; la variable *gasto* entonces alude al porcentaje del gasto del candidato en cuestión, como parte del máximo permitido para su distrito. Tradicionalmente, se han usado el gasto por voto o el gasto total como referencia; sin embargo, el primero endogeniza la medición a la participación electoral, y el segundo lo endogeniza a lo que gastaron los otros candidatos en el distrito. Ya que el límite de gasto que la ley fija se define por la población del distrito, el gasto como proporción del máximo legalmente establecido permite obtener conclusiones relevantes a ese respecto.

Como variables explicativas se incluyen el aporte personal del candidato, el aporte del partido, la condición de incumbencia, densidad poblacional, participación electoral en el distrito para la elección de 2016, la coalición del candidato y el sexo.

Como se observa de la Tabla 1 las fuentes de financiamiento que para la elección de 2016 aumentaron su presencia respecto al gasto total son el aporte del partido y el

46. CRUZ Y VARETTO (2019).

47. SANTANA *et al* (2019).

48. NAVIA y ACEVEDO (2015).

aporte propio del candidato. Respecto al primero, la legislación no establece límites a lo que el partido pueda aportar a la candidatura de su pacto, pudiendo llegar eventualmente al 100%. En promedio, los candidatos recibieron aportes de sus partidos por el equivalente al 28,5% del gasto total permitido; hubo 20 candidaturas que se financiaron completamente con aportes del partido, y 136 que no recibieron ninguna donación por este concepto, lo que corresponde al 14,5% del total. Esta variable se expresa como el porcentaje que representa el aporte del partido respecto a lo que efectivamente gastó cada candidatura.

En segundo lugar, la normativa dispone límites a lo que el candidato puede aportar a su propia campaña, que asciende al 25% del total de gasto permitido, con el objeto de reducir las brechas producto de asimetrías en las capacidades de gasto que los distintos candidatos puedan tener, evitando privilegios en la competencia para aquellos con más riqueza. Así, esta variable se traduce como el porcentaje que el aporte propio representó, sobre el total de aportes propios permitidos. Esta variable se constituye de forma distinta a la anterior, pues en aquella el aporte del partido se calcula como porcentaje respecto al total de gasto permitido. Por su parte, el aporte propio se considera como porción del máximo de aporte propio permitido por ley. A su vez el máximo de aporte propio permitido por la ley es del 25% del gasto total permitido. De esta forma, la variable "aporte propio" se calcula como porción de ese 25% del gasto, no del 100%.

En promedio, los candidatos aportaron un 6,9% del máximo permitido a sus propias campañas. Además, 276 candidatos de un total de 939 no realizaron aportes propios, lo que equivale al 29,4%, y solo 27 candidatos superaron el 50% de lo permitido como aportes a su propia candidatura.

La condición de *incumbencia* se codifica como una variable *dummy* con valor o para los desafiantes y 1 para los 84 incumbentes. La *densidad poblacional* se expresa como la cantidad de habitantes por kilómetro cuadrado; para definir esta métrica, se recurrió a los datos del Sistema Nacional de Información Municipal (Sinim); ya que no existen datos sobre la densidad poblacional de cada distrito electoral, se agregaron los datos de las comunas que conforman cada distrito. Con ello se divide la sumatoria de la población en el distrito por los kilómetros cuadrados totales y se obtiene la métrica correspondiente al distrito. Lo propio se realiza con la *participación electoral* de 2016; ya que las elecciones fueron de carácter municipal, y los distritos son agregaciones de comunas, se agrupan los resultados por cada distrito y se obtiene su promedio. Sin embargo, es necesario matizar, puesto que existe importante variación en la asistencia a las urnas en las comunas dentro de un mismo distrito; pero para el candidato esto resulta indiferente puesto que no existe un patrón que concentre la votación a lo largo de los distritos, y esto lo fuerza a tener que hacer campaña en todas las comunas de su unidad electoral.

Se incluye además la variable *sexo,* para controlar por potenciales diferencias en el esquema de financiamiento para hombres y mujeres.

Finalmente, se busca identificar diferencias en el gasto incurrido en función del *pacto* en el que compite el candidato. Para esto, la variable se codifica como categórica, teniendo como referencia al pacto Chile Vamos (valor = 0), y se incluyen a Nueva Mayoría (=1), Convergencia Democrática (=2), Frente Amplio (=3) y Otros (=4). Dada la gran cantidad de partidos que compiten conformando pactos electorales, resulta más funcional tomar la coalición más que el partido para identificar diferencias.

Adicionalmente, las variables *aportes de partido* (modelo 2) y *aportes propios* (modelo 3), que en el primero modelo se definieron como variables de entrada, son dispuestas como variables de salida, para determinar qué factores influyen en el financiamiento que candidatas y candidatos reciben de sus partidos o desde su propio "bolsillo".

En consecuencia, teniendo definidas las variables se proponen tres modelos lineales; el primero tiene al gasto como variable dependiente, el segundo al aporte del partido y el tercero a los aportes propios del candidato. Respecto al gasto, se espera que aquellas candidaturas que recibieron mayores aportes de sus partidos, y de los propios candidatos, desembolsen más en propaganda. Asimismo, parece plausible suponer que, en aquellos distritos más densamente poblados, y donde la participación en la elección pasada fue mayor, también se incurra en mayor gasto. Además, ya que los incumbentes tienen mayor acceso a recursos, eventualmente también desplegarían más propaganda.

En lo referente a los aportes de partido, se espera que los incumbentes reciban más donaciones desde el nivel central de sus estructuras partidarias, y que realicen más aportes de su propio bolsillo. Finalmente, se propone que los aportes propios estén positivamente relacionados con incumbencia.

Discusión de resultados

Se despliegan tres modelos para evaluar la evolución de las variables:

Tabla 3. Modelos de regresión lineal para gasto, aportes de partido y aportes propios

	Modelo 1 Gasto Total	**Modelo 2 Aportes del Partido**	**Modelo 3 Aportes Propios**
APORTES DE PARTIDO	-0,0520*** (0,0097)		-0,1290*** (0,0162)
APORTES PROPIOS	0,4016*** (0,0292)	-0,4268*** (0,0466)	
INCUMBENTES	9,0253*** (1,8240)	-3,7962* (1,8255)	9,7109** (2,7560)
DENSIDAD	0,0001 (0,0001)	-0,0002 (0,0001)	-0,0000 (0,0001)
PARTICIPACIÓN	0,1125 (0,0624)	0,1396 (0,0981)	0,2165* (0,1014)
COALICIÓN			
NUEVA MAYORÍA	-1,5377 (1,041)	12,3136*** (1,6972)	-1,6532 (1,5615)
CONVERGENCIA DEMOCRÁTICA	-7,2950*** (1,0261)	2,7041 (2,1919)	1,9125 (1,4197)
FRENTE AMPLIO	-9,8095*** (1,2438)	-13,4857*** (3,0299)	-8,5256*** (1,2316)
OTROS	-11,8430*** (1,1876)	-7,8803*** (2,0299)	-6,8025*** (1,1915)
SEXO	-1,7169*** (0,3472)	-0,8180 (1,2595)	-2,9901*** (0,8214)
	N=939 R2=0,6249	N=939 R2=0,1402	N=939 R2=0,2124

Nota: *p ≤ 0.05, **p ≤ 0.01, ***p ≤ 0.001. Errores estándar robustos por distrito entre paréntesis.

Fuente: Elaboración propia con datos del Servel y Sinim.

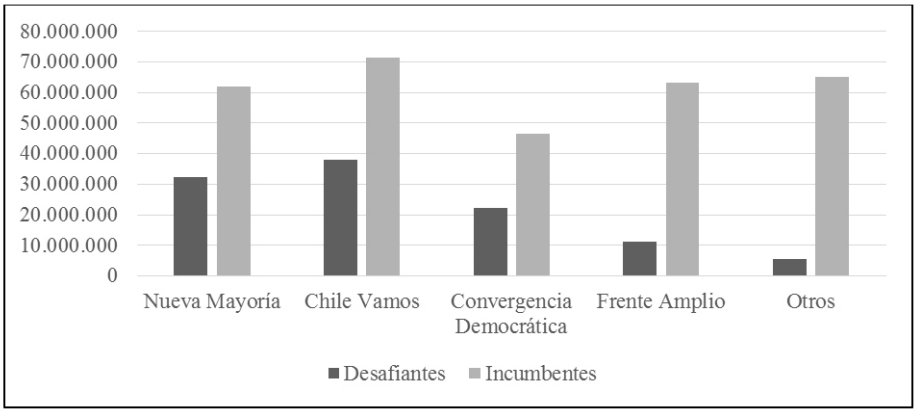
Todas las variables referentes a gasto y aportes son significativas entre sí, aunque sus coeficientes no son muy robustos (modelo 1). Sí parece haber más nitidez en la relación entre gasto e i*ncumbencia*, *sexo*, y *coalición* en los tres modelos. La variable participación está levemente correlacionada con los aportes propios (modelo 3). La variable de control *densidad* no tiene en absoluto incidencia en el gasto y los aportes.

De esta forma, los aportes del partido están negativamente correlacionados con el porcentaje del gasto máximo permitido y los aportes propios positivamente (mo

delo 1). Esto podría implicar que a medida que los candidatos más aportan a la campaña con sus propios fondos, menos dependientes se hacen del financiamiento que les provea su colectividad. Curiosamente, los aportes del partido, en tanto variable dependiente (modelo 2), están negativamente asociados a los aportes propios. Esto podría corroborar la noción de que los partidos aportan menos a quienes son más solventes para costear sus propias campañas. O, que los candidato/as contribuyen más personalmente cuando los partidos parecen no tener mucho interés en hacerlo. Finalmente, los aportes propios van en la misma dirección, puesto que correlacionan negativamente con los aportes de partido. Es necesario insistir en que la magnitud de los coeficientes es más bien débil, por lo que estos resultados deben tomarse con cautela.

Sí parece haber más claridad respecto a la relación entre incumbencia, gasto y los aportes. En efecto, los incumbentes gastaron en promedio nueve puntos porcentuales más que los desafiantes, controlando por las demás variables (modelo 1). Asimismo, los incumbentes también aportaron en promedio nueve puntos porcentuales más a sus propias campañas, lo que podría explicarse por los sustantivos ingresos que les significa la dieta parlamentaria (modelo 3). Sorpresivamente, el factor incumbencia está asociado negativamente con los aportes de los partidos (modelo 2); es decir, los partidos aportan menos a los incumbentes que a los desafiantes. Esto va en la línea de lo mencionado respecto a la relación entre aportes de partidos y aportes propios: ya que los incumbentes realizarían más aportes a sus propias campañas (ver figura 1), los partidos parecen distribuirles menos recursos, asumiendo que los incumbentes tienen más solvencia. La Figura 1 muestra el promedio de gasto para incumbentes y desafiantes, evidenciando que el patrón de mayor gasto promedio en incumbentes se repite para todos los pactos:

Figura 1. Diferencia en el gasto entre desafiantes e incumbentes, por pacto.



Fuente: Elaboración propia.

Llama la atención la marcada diferencia entre los incumbentes del Frente Amplio y "otros", respecto a los desafiantes de sus mismos pactos (figura 1). En total, son cinco los incumbentes que se inscriben en esa categoría; tres para el Frente Amplio y dos independientes. Esto no implica *per se* que las candidaturas del Frente Amplio gasten más –si no, así lo mostraría el análisis de regresión–, sino que el hecho de que el número de observaciones para aquellos casos sea tan menor respecto al resto de coaliciones, implica que el promedio no es "arrastrado" hacia abajo por la dispersión de los datos, lo que sí ocurre con las coaliciones grandes en las que hay más observaciones, y por tanto más varianza.

Muchos de los argumentos en contra de la reforma apuntaban a que limitar el gasto permitido favorecería a los incumbentes; al parecer, efectivamente el nuevo esquema propició un mayor gasto de los incumbentes, pero eso no necesariamente se tradujo en un mayor éxito electoral para los mismos: "aquello sucedió en la elección municipal, donde se incrementó la reelección de los alcaldes que volvieron a competir, pero no se replicó esta ventaja de incumbentes en las elecciones de congresistas de 2017"[49]. El análisis estadístico sí nos muestra que los incumbentes gastan más que los desafiantes (modelo 1), reciben menos aportes desde sus partidos (modelo 2), y tienden a contribuir más de sus propios bolsillos (modelo 3).

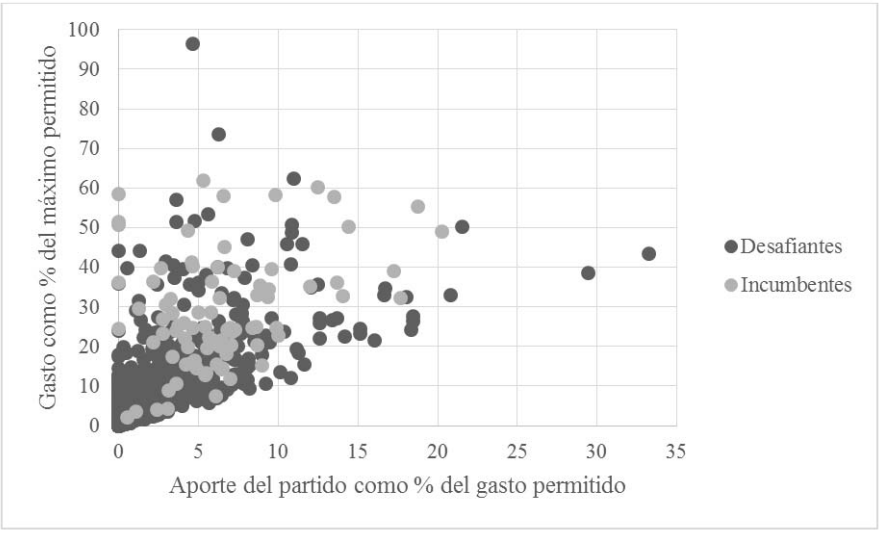
La variable *sexo* arroja significancia estadística en los modelos 1 y 3: las mujeres, en promedio, gastaron un poco menos que los hombres, pero esto no se replica respecto a los aportes de los partidos, donde no hay diferencia. Sí se vislumbra una diferencia más significativa respecto a los aportes propios, pues las mujeres parecen incurrir menormente en gastos a su propio cargo que los hombres. Este hallazgo es interesante puesto que, si las mujeres incurren en menos gasto propio, y como consecuencia incurren en menos gasto en propaganda, pero los aportes de los partidos no diferencian el sexo del candidato, entonces los partidos no están actuando como promotores de campañas más intensivas para las mujeres. La ley de financiamiento electoral propone un incentivo a los partidos, puesto que les entrega un aporte extraordinario como "premio" por cada candidata electa, pero no parece incidir en las decisiones de gasto de las colectividades.

Sí hay asociación estadística más sustantiva cuando se trata de examinar el efecto de las coaliciones. En lo referente al gasto, ya que la categoría de referencia es la coalición Chile Vamos, y la asociación con la categoría Nueva Mayoría es nula, se infiere que en promedio las candidaturas de Chile Vamos no se diferencian de las de la Nueva Mayoría en la magnitud del gasto por candidato (modelo 1). Sin embargo, es en lo relativo a Convergencia Democrática, Frente Amplio y los demás pactos menores donde la asociación es sustantivamente más significativa, en orden negativo, ya que gastaron aproximadamente entre 7 y 11 puntos porcentuales menos que Chile Vamos (modelo 1).

49. FUENTES (2018) p. 133.

Llama la atención la robustez de los resultados respecto a los aportes desde los partidos (modelo 2). Todas las coaliciones, a excepción de Convergencia Democrática, registraron un flujo distinto de aportes desde los partidos hacia las candidaturas en relación con Chile Vamos. Se observa que los partidos de la Nueva Mayoría son más activos en distribuir aportes hacia sus candidatos, y que las campañas del Frente Amplio y las demás coaliciones recibieron a su vez aportes menores que Chile Vamos, y sobre todo menores que los candidatos de la Nueva Mayoría. La Figura 2 muestra la distribución de las candidaturas en relación con la cuantía del aporte recibido desde sus partidos, respecto a lo efectivamente gastado. Una hipotética relación lineal mostraría que el gasto incurrido aumenta proporcionalmente respecto a lo recibido desde el partido; este no parece ser el caso. Mas bien, en la mayor parte de los datos el aporte de los partidos representa menos del 20% del gasto permitido, al tiempo que el gasto efectivo usualmente llegó hasta no más del 50%. Esto implica que las candidaturas se valieron de otras fuentes de ingresos, y que el aporte de los partidos no necesariamente es el componente más sustantivo de sus ingresos.

Figura 2. Aporte del partido como componente del gasto, desafiantes e incumbentes.



Fuente: Elaboración propia con datos del Servel.

Otro dato interesante es que la coalición también hace una diferencia respecto a la magnitud del aporte propio. No se vislumbran distinciones entre Chile Vamos y la Nueva Mayoría, pero los candidatos del Frente Amplio y los pactos menores desembolsan menos recursos propios para sus campañas, puesto que también gastan menos.

La estructura de financiamiento es relativamente similar a lo acaecido para las elecciones anteriores (ver Tabla 1); llama la atención que para la elección de diputados de 2017 la agregación del aporte personal de los candidatos sea menor que para las municipales de 2016. De hecho, este último está más lejos del máximo legal de aportes propios (25%), lo que puede explicar la mayor presencia de los aportes de personas en el esquema de financiamiento de la elección de diputados. Además, los partidos por sí mismos también pueden hacer campaña.

Tabla 4. Financiamiento de campañas de diputados, 2017.

Aportes de los partidos	26,7
Aportes de personas	27,2
Aporte propio	18,4
Aporte fiscal	27,6

Fuente: Elaboración propia con datos del Servel.

En lo referente a población (densidad), los datos no muestran ninguna relevancia estadística a este efecto. Se rechaza por tanto la presunción de que las candidaturas gastan más en los lugares densamente poblados. Una explicación plausible a este respecto la entregan Toro y Valenzuela, quienes sugieren que "para enfrentar distritos más grandes se utilizó la segmentación territorial dentro de los pactos, a través de la división de sectores entre compañeros de lista (…) las votaciones de los candidatos en cada comuna no fueron homogéneas y dependieron mucho de la capacidad territorial de cada uno de los candidatos"[50]. En cambio, la participación en la elección de 2016 sí se halla positivamente asociada, aunque muy levemente, con los aportes propios. Esto podría llevar a suponer que los candidatos, conscientes de la participación en su distrito, adicionan más recursos para desplegar propaganda; sin embargo, como el gasto no está asociado con la participación no está clara la relación entre ambas variables. De todas maneras, el coeficiente no arroja mayor consistencia y la significancia estadística no sugiere una asociación muy marcada[51].

50. TORO y VALENZUELA (2018) p. 229.

51. Un análisis de robustez presentado en el anexo, para el cual se utilizanregresiones de conteo–negativo binomial–para controlar por el alto número de ceros, nos muestra que los resultados no cambian dramáticamente. En ambos tipos de análisis estadístico, la variable dependiente es continua. Y, aunque la regresión binominal negativa asume variables discretas, en este último las variables dependientes asumen solo valores no negativos y su distribución se asimila a la distribución de conteo de tipo negativa negativa binomial.

Conclusiones

La elección tuvo importantes consecuencias para el funcionamiento del sistema político. Los partidos de la Coalición Chile Vamos aumentaron su presencia parlamentaria, entraron nuevas fuerzas políticas al Congreso que ante la fórmula binominal estaban impedidas de tener mayor representación parlamentaria, y disminuyó la propaganda electoral.

Se presentaron tres modelos de regresión lineal para estimar el efecto de distintas variables explicativas en el nivel de gasto de las candidaturas. Para esto, a diferencia de trabajos anteriores, se tomó el porcentaje de gasto incurrido en función del máximo permitido, como variable dependiente (modelo 1). Adicionalmente, se desplegaron modelos con el aporte de los partidos (modelo 2) y el aporte propio (modelo 3), como variables dependientes. Respecto al gasto (modelo 1), se obtiene que los incumbentes fueron más proclives al gasto electoral que los desafiantes; esto no necesariamente implica que en términos brutos hayan gastado más –puesto que son menos numerosos–, pero sí que cuando despliegan sus candidaturas suelen acercarse más al máximo de gasto permitido que les impone la ley. Asimismo, en línea con lo observado en trabajos anteriores[52], las candidata/os de la coalición de derecha Chile Vamos, en general, realizaron un gasto mayor de acuerdo con el máximo permitido (modelo 1), tendieron a recibir más aportes de sus partidos (modelo 2), y desembolsaron más recursos personales que aquellas del Frente Amlio y otros pactos (modelo 3).

Respecto a los aportes de partidos, destaca el hecho que los candidatos de la Nueva Mayoría financiaron sus campañas en buena medida con donaciones de sus partidos, o al menos en mayor medida que el resto de las coaliciones. El Frente Amplio y otras coaliciones menores recurrieron mucho menos al financiamiento desde los partidos para cubrir los gastos de propaganda. Sorpresivamente, los partidos no asignaron recursos estratégicamente a sus candidatos en función de la participación en la elección anterior o densidad poblacional del distrito. Inicialmente, se esperaba que los incumbentes recibieran más aportes de partido, y además contribuyeran más desde sus propios fondos. Pero los resultados solo respaldan esta hipótesis en cuanto al gasto propio (modelo 3), y nos muestran lo opuesto respecto de los aportes de los partidos (modelo 2).

La magnitud del financiamiento propio está asociada negativamente con los aportes de partido por lo que quienes recurren más a sus propios fondos, son menos dependientes del financiamiento de los partidos. Sin embargo, los coeficientes que dan cuenta de dicha asociación no son tan robustos. Lo que sí es más nítido es que los incumbentes incurrieron en mayores aportes propios, y que los candidatos del Frente

52. JOHNSON (2011); GONZÁLEZ *et al* (2015).

Amplio y las demás coaliciones menores a su vez realizaron aportes sustantivamente menores a sus propias candidaturas, en relación con Chile Vamos.

La noción de que los candidatos incumbentes gastan más que los desafiantes (modelo 1) es coincidente con otros trabajos en la materia ya señalados anteriormente[53]. Además, el mayor gasto de la coalición de derecha también es convergente con algunos de los hallazgos anteriores[54].

Finalmente, respecto al género de las candidaturas, se identifican algunos hallazgos interesantes. En promedio las candidaturas de mujeres incurren en menos gasto que la de los hombres (modelo 1), y realizan algo menos de aportes propios (modelo 3). Sin embargo, no hay distinción respecto a los aportes de partido (modelo 2). Esto implicaría que los partidos no estarían desplegando acciones de promoción de las candidaturas de mujeres, o al menos no en lo referente al financiamiento de las campañas.

Referencias bibliográficas

ABBE, Owen J. y HERNSONN, Paul S. (2003): "Campaign Professionalism in State Legislative Elections", *State Politics and Policy Quarterly*, Vol. 3, N° 3, septiembre de 2003, pp. 223-245.

ABRAMOWITZ, Alan I. (1988): "Explaining Senate Election Outcomes", *The American Political Science Review*, Vol. 82, N° 2, junio de 1988, pp. 385-403.

ABRAMOWITZ, Alan I. (1991): "Incumbency, Campaign Spending, and the Decline of Competition in U.S. House Elections", *The Journal of Politics*, Vol. 53, N° 1, febrero de 1991, pp. 34-56.

AGOSTINI, Claudio (2012): "*Financiamiento de la política en Chile. Campañas electorales de 2009-2010*". En DÍAZ, Francisco y SIERRA, Lucas . *Democracia con Partidos. Informe para la reforma de los partidos políticos en Chile* (Santiago, CEP/ CIEPLAN), pp. 269-319.

ALTMAN, David (2016): "*Informe Especial: La caída del Binominal*". En LUNA, Juan Pablo; TORO, Sergio; JARAMILLO-BRUN, Nathalie y ACEVEDO, Carolina. En *Cultura política de la democracia en Chile y en las Américas, 2014: ¿Tiempo de reformas?* (Nashville, Vanderbilt University, PUC), p. 127.

53. DÍAZ RIOSECO *et al* (2006) AGOSTINI (2012); MORALES Y PIÑEIRO (2010); NAVIA E ITURRA (2016).

54. DÍAZ RIOSECO *et al* (2006); AGOSTINI (2012).

ANDERSON, Malcom y THAM, Joo-Cheong (2014): "Dynamics of Electoral Expenditure and the 'arms Race' Thesis: The Case of New South Wales", *Australian Journal of Political Science*, Vol. 49, N° 1, febrero de 2014, pp. 84-101.

ABRAMS, Burton A. y SETTLE, Russell F. (2004): "Campaign-Finance Reform: A Public Choice Perspective", *Public Choice*, Vol. 120, N° 3, septiembre de 2004, pp. 379-400.

BENOIT, Kenneth y MARSH, Michael (2008): "The Campaign Value of Incumbency: A New Solution to the Puzzle of Less Effective Incumbent Spending", *American Journal of Political Science*, Vol. 52, N° 4, octubre de 2008, pp. 874–890.

BEONIT, Kenneth Y MARSH, Michael (2010): "Incumbent and Challenger Campaign Spending Effects in Proportional Electoral Systems: The Irish Elections of 2002", *Political Research Quarterly*, Vol. 63, N° 1, marzo de 2008, pp. 159-173.

BEN-BASSAT, Avi, DAHAN, Momi y KLOR, Esteban F. (2015): "Does Campaign Spending Affect Electoral Outcomes?", *Electoral Studies*, Vol. 40, diciembre de 2015, pp. 102-14.

BUNKER, K. (2018): "La elección de 2017 y el fraccionamiento del sistema de partidos en Chile", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 9, N° 2, diciembre 2018, pp. 204-229.

BUTCHER, Jordan y MILYO, Jeffrey (2020): "Do Campaign Finance Reforms Insulate Incumbents from Competition? New Evidence from State Legislative Elections", *PS: Political Science & Politics*, Vol. 53, N° 3, septiembre de 2020, pp. 460-464.

CASTAÑEDA, Néstor (2018): "Electoral Volatility and Political Finance Regulation in Colombia", *Colombia Internacional*, Vol. 95, julio-septiembre 2018, pp. 3-24.

CRUZ, Facundo y VARETTO, Carlos (2019): "Crónica de un cambio anunciado. Las elecciones de 2017 en Chile frente al cambio de sistema electoral", *Estudios Políticos*, Vol. 54, enero de 2019, pp. 233-258.

DÍAZ RIOSECO, Diego; GIANNINI, Pilar; LUNA, Juan Pablo, y NÚÑEZ, Rodrigo (2006): "El secreto de mi éxito. seis caminos para llegar y permanecer en Valparaíso", *Revista de Ciencia Política*, Vol. 26, pp. 169-190.

ERIKSON, Robert S. y PALFREY, Thomas R. (1998): "Campaign spending and incumbency: An alternative simultaneous equations approach", *Journal of Politics*, Vol. 60, N° 2, mayo de 1988, pp. 355-373.

EVANS, Thomas A. (2007): "An Empirical Test of Why Incumbents Adopt Campaign Spending Limits", *Public Choice*, Vol. 132, N° 3, mayo de 2007, pp. 437-56.

FIGUEROA-HUENCHO, Verónica; OLAVARRÍA, Mauricio y NAVARRETE, Bernardo (2011): "Política de Modernización de la Gestión Pública en Chile 1990-2006: evidencias a partir de un modelo de análisis", *Convergencia*, N° 57, septiembre-diciembre de 2011, pp. 61-99.

FINK, Alexander (2012): "The Effects of Party Campaign Spending under Proportional Representation: Evidence from Germany", *European Journal of Political Economy*, Vol. 28, N° 4, diciembre de 2012, pp. 574-92.

FUENTES, C. (2018): "Cortándose las alas. Factores que explican la reforma al financiamiento electoral en Chile", *Colombia Internacional*, Vol. 95, julio-septiembre de 2008, pp. 109-136.

GAMBOA, Ricarado y MORALES, Mauricio (2016): "Chile's 2015 Electoral Reform: Changing the Rules of the Game", *Latin American Politics and Society*, Vol. 58, octubre de 2016, pp. 126–144.

GAMBOA, Ricardo y SEGOVIA, Carolina (2016): "Chile 2015: Falla política, desconfianza y reforma", *Revista de Ciencia Política*, Vol. 36, N° 1, pp. 123-144.

GERBER, Alan (1998): "Estimating the Effect of Campaign Spending on Senate Election Outcomes Using Instrumental Variables", *The American Political Science Review*, Vol. 92, N° 2, junio de 1988, pp. 401-411.

GONZÁLEZ, Ricardo; SIERRA, Lucas y SZEDERKENYI, Francisco (2015): "La práctica del financiamiento privado en las elecciones parlamentarias", *Puntos de Referencia (Centro de Estudios Públicos)*, N° 394, marzo de 2015.

GREEN, Donald P. y KRASNO, Jonathan S. (1988): "Salvation for the Spenthrift: reestimating the effects of campaign spending in house elections", *American Journal of Political Science*, Vol. 32, N° 4, noviembre de 1988, pp. 884-907.

HALL, Melinda Gall y BONNEAU, Chris W. (2008): "Mobilizing Interest: The Effects of Money on Citizen Participation in State Supreme Court Elections", *American Journal of Political Science*, Vol. 52, N° 3, julio de 2008, pp. 457-470.

HOGAN, Robert E. (2000): "The Costs of Representation in State Legislatures: Explaining Variations in Campaign Spending", *Social Science Quarterly*, Vol. 81, N° 4, diciembre 2000, pp. 941-956.

HOGAN, Robert E. (2007): "The Effects of Candidate Gender on Campaign Spending in State Legislative Elections", *Social Science Quarterly*, Vol. 88, N°5, diciembre de 2007, pp. 1092-105.

JACOBSON, Gary C (1978): "The effects of campaign spending in congressional elections", *American Political Science Review*, Vol. 72, N° 2, junio de 1978, pp. 469-91.

JACOBSON, Gary C. (1980): *Money in congressional elections* (New Haven: CT, Yale University Press).

JACOBSON, Gary C. (1984): "*Money in the 1980 and 1982 congressional elections*". En MALBIN, Michael J. . *Money and politics in the United States: Financing elections in the 1980s* (Chatham: NJ, Chatham House).

JACOBSON, Gary C. (1985): "Money and Votes Reconsidered: Congressional Elections, 1972-1982", *Public Choice*, Vol. 47, N° 1, enero de 1985, pp. 7-62.

JACOBSON, Gary C. (1990): "The Effects of Campaign Spending in House Elections: New Evidence for Old Arguments", *American Journal of Political Science*, Vol. 34, N° 2, mayo de 1990, pp. 334-362.

JOHNSON, Joel W. (2011): "Incumbents without a Campaign Finance Advantage: Competition and Money in Chile's Congressional Elections", *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 3, N° 3, pp. 3-33.

JOHNSON, Joel W. (2012): "Campaign Spending in Proportional Electoral Systems: Incumbents Versus Challengers Revisited", *Comparative Political Studies*, Vol. 46, N° 8, octubre de 2012, pp. 968-93.

MADDENS, Bart. y PUT, Gert-Jan (2013): "*Office Effects and Campaign Spending in a Semi-open List PR System: The Belgian/Flemish Federal and Regional Elections 1999–2010*", Electoral Studies, Vol. 32, N° 4, diciembre de 2013, pp. 852-63.

MORALES, Mauricio y PIÑEIRO, Rafael (2010): "Gasto en campaña y éxito electoral de los candidatos a diputados en Chile 2005", *Revista de Ciencia Política*, Vol. 30, N° 3, pp. 645 – 667.

MOON, Woojin (2006): "The Paradox of Less Effective Incumbent Spending: Theory and Tests". *British Journal of Political Science*", Vol. 36, N° 4, octubre de 2006, pp. 705-721.

NAVIA, Patricio y ACEVEDO, Sergio (2015): "Un método no endógeno para medir el gasto electoral en Chile 2005-2009". *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 60, N° 225, septiembre-diciembre de 2015, pp. 111-138.

NAVIA, Patricio e ITURRA, Pamela (2016): "Los determinantes de los componentes del gasto electoral en elecciones municipales en Chile, 2008-2012", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 7, N° 3, septiembre-diciembre de 2016, pp. 57-90.

OLAVARRÍA-GAMBI, Mauricio; NAVARRETE, Bernardo y FIGUEROA-HUENCHO, V. (2011): "¿Cómo se formulan las políticas públicas en Chile?", *Política y Gobierno*, Vol. 18, 1° semestre de 2011, pp. 109-154.

OLAVARRÍA-GAMBI, Mauricio (ed.) (2012): *¿Cómo se formulan las políticas públicas en Chile?. Tomo 1, La modernización de la gestión pública* (Santiago de Chile, Editorial Universitaria).

RAMOS, Conrado y SCROLLINI, Fabrizio (2013): "Los nuevos acuerdos entre políticos y servidores públicos en la alta dirección pública en Chile y Uruguay", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, Vol. 22, N° 1, diciembre de 2013, pp. 11-36.

SANTANA, Andrés; MONTERO, José Ramón y RAMA, José (2019): "Las elecciones parlamentarias chilenas de 2017: características de los votantes y factores de voto", *América Latina Hoy*, Vol. 81, marzo de 2019, pp. 147-171.

SCARROW, Susan (2004): "Explaining Political Finance Reforms: Competition and Context", *Party Politics*, Vol. 10, N°6, noviembre de 2004, pp. 653-75.

SHIN, Myungsoon; JIN, Youngjae; GROSS, Donald A. y EOM, Kihong (2005): "Money Matters in Party-centered Politics: Campaign Spending in Korean Congressional Elections", *Electoral Studies*, Vol. 24, N° 1, marzo de 2005, pp. 85-101.

SPARKS, Steven (2018): "Campaign spending and the top-two primary: How challengers earn more votes per dollar in one-party contests", *Electoral Studies*, Vol. 54, agosto 2018, pp. 56-65.

SPRICK, Steven (2020): "Does Campaign Spending Affect Election Outcomes? New Evidence from Transaction-Level Disbursement Data", *The Journal of Politics*, Vol. 82, N° 4, octubre de 2020, pp. 1502–1515.

TELLO, Felipe (2011): "La política de reforma y modernización de la gestión pública en Chile. Actores y procesos", *Universum*, Vol. 2, N° 26, pp. 245-265.

TORO, Sergio y VALENZUELA, Macarena (2018): "Chile 2017: ambiciones, estrategias y expectativas en el estreno de las nuevas reglas electorales", *Revista Ciencia Política*, Vol. 38, N° 2, pp. 207-232.

WEINSCHENK, Aaron C. y HOLBROOK, Thomas M. (2014): "The Determinants of Campaign Spending in Mayoral Elections", *State and Local Government Review*, Vol. 46, N° 1, marzo de 2014, pp. 13-27.

Anexo 1. Modelos de regresión binominal negativa para aportes del partido y aportes propios

	APORTES DEL PARTIDO	**APORTES PROPIOS**
APORTES DE PARTIDO		-0,0406*** (0, 0044)
APORTES PROPIOS	-0,163*** (0,0022)	
INCUMBENTES	-0,1132 (0,0716)	0, 6486*** (0,1524)
DENSIDAD	-0,0000 (0,0001)	-0,0000 (0,0001)
PARTICIPACIÓN	0,0064 (0,0046)	0, 0401** (0, 0168)
NUEVA MAYORÍA	0,394*** (0,047)	0,3501* (0, 1534)
CONVERGENCIA DEMOCRÁTICA	0,083 (0,0691)	0,0240 (0,1137)
FRENTE AMPLIO	-0,5181*** (0,1369)	-1,8875*** (0,2532)
OTROS	-0,2728*** (0,079)	-1,7599*** (, 2059)
SEXO	-0,0294 (0,541)	-0,4922*** (0,1166)
	N=939 R2=0,1603	N=939 R2=0,4498

Nota: *p ≤ 0.05, **p ≤ 0.01, ***p ≤ 0.001. Errores estándar robustos por distrito entre paréntesis

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
DICIEMBRE 2020 • E-ISSN 0719-2150 • VOL. 11 • Nº 2. PÁGS 206-236
RECIBIDO 01/09/2020 - APROBADO 10/12/2020
DOI 10.7770/RCHDCP-V11N2-ART2334

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

¿Todos los caminos llevan a Washington? Trayectorias de América Latina hacia un Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos (1990-2015)

All roads lead to Washington? The paths of Latin American countries towards a Free Trade Agreement with the United States (1990-2015)

Rodrigo Cuevas Ossandón[1]
Universidad de Valparaíso, Chile

Jaquelin Morillo Remesnitzky[2]
Investigadora Independiente, Chile

RESUMEN Este trabajo se enfoca en la entrada en vigor de un acuerdo comercial entre un país latinoamericano y Estados Unidos. Para ello, el objetivo propuesto es estudiar las trayectorias hacia la ocurrencia de una vinculación de este tipo con la principal potencia del mundo en el periodo 1990-2015 a partir de tres grupos de variables: reformas de mercado, geopolítica de los acuerdos y vinculación comercial, siendo las primeras las más relevantes en dar cuenta de este proceso. El enfoque que se empleó es un Análisis de Eventos Históricos, por medio de regresión de Cox, a fin de identificar determinantes que expliquen dicho proceso.

PALABRAS CLAVE Regionalismo; liberalización económica; reformas de mercado; cambio institucional; análisis de sobrevivencia; América Latina.

ABSTRACT This paper discusses the entry into force of trade agreements between Latin American countries and the United States. The objective is to study paths towards the implementation of a free trade agreement with the world's

1. Rodrigo Cuevas: Doctor en Ciencias Sociales, Universidad de Chile. Profesor Escuela de Administración Pública, Universidad de Valparaíso, Campus Santiago. E-mail: rodrigo.cuevas@uv.cl.

2. Jaquelin Morillo Remesnitzky: Magíster en Estrategia Internacional y Política Comercial. Investigadora Independiente. E-mail: jaquelin.morillo@gmail.com.

greatest power in the period 1990-2015, considering three groups of variables: market reforms, geopolitics of trade agreements and commercial links with the world. The results suggest that market reforms have the greatest explanatory impact on the principal outcome of this study. The research technique used was Event History Analysis, implemented through Cox regression, in order to identify determinants that explain the process. Although this approach has been widely used in the field of international relations, mainly in the study of conflicts or crises, it is novel in the analysis of the entry into force of trade agreements.

KEYWORDS Regionalism; Economic Liberalization; Market Reforms; Institutional Change; Survival Analysis; Latin America

1. Introducción

En el presente artículo se analiza la vinculación comercial de América Latina con Estados Unidos, específicamente, qué llevó a que los países de la región comenzaran a implementar un acuerdo comercial que los vinculara con la principal potencia del mundo. En este trabajo se estudia qué variables fueron las más relevantes a la hora de explicar por qué un país de la región tomó la decisión descrita. Para ello, se empleó un enfoque de Análisis de Eventos Históricos (*Event History Analysis o EHA*), implementada mediante la aplicación de regresiones de Cox, sobre una base de datos que consta de 520 observaciones, correspondiente a 21 países entre 1990 y 2015[3], que son los siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. Estos fueron agrupados en dos subregiones: los países de América del Sur y los de América Central, México y los tres principales estados del Caribe, que son Cuba, República Dominicana y Jamaica.

En el artículo, se sostiene que la introducción e implementación de procesos de reformas económicas, orientadas a la liberalización, aparecen como factores que aceleran la probabilidad de la entrada en vigor de un acuerdo comercial con los Estados Unidos. Estas serían más importantes que otro tipo de determinantes que favorecen una integración comercial como la cercanía geográfica y la importancia del tamaño del mercado de la principal potencia del mundo en la región.

3. BECK y KATZ (1995); PICKUP (2015).

El presente artículo se organiza en las siguientes secciones. En primer lugar, se expone el problema de investigación, prestando especial importancia a los principales argumentos que dan cuenta del fenómeno de los acuerdos de libre comercio, planteando que, para el caso del estudio analizado en este artículo, es más conveniente enfocarse en las variables ligadas a las reformas de mercado y a la apertura comercial.

A continuación, se define el objeto de estudio, que es el estudio específico de los acuerdos de libre comercio de los países de la región con EE.UU., exponiéndose las implicancias de contraer compromisos comerciales con la principal potencia del mundo. El registro de la entrada en vigor de un acuerdo con los Estados Unidos, el evento a analizar, se definió en base a la información proporcionada por la Organización de Estados Americanos[4]. Esta primera sección concluye con la pregunta de investigación, sus hipótesis asociadas y la pertinencia del uso de EHA respecto a otras formas de modelación.

Luego, se describe la variable dependiente, definida como la puesta en vigor de un acuerdo con los Estados Unidos en el período de tiempo observado, 1990-2015. Asimismo, se precisan las co-variables que explicarían la propensión a implementar un acuerdo con Estados Unidos y se plantea el diseño metodológico, describiendo las características del EHA, en general, y del uso del modelo propuesto por David Cox[5], en particular.

La siguiente sección presenta los resultados obtenidos por medio de la aplicación de esta técnica e introduce las correcciones pertinentes respondiendo a la estructura de datos y al cumplimiento de supuestos de la estimación realizada. Finalmente, se presentan los hallazgos y principales conclusiones obtenidas.

2. Problematización

El primer acuerdo de libre comercio entre un país de América Latina y Estados Unidos entró en vigor en el año 1994, que fue la concurrencia de México en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA, por sus siglas en inglés). En el periodo estudiado, los últimos casos corresponden a Colombia y Panamá en el año 2012. Sin embargo, entre 1994 y 2012, surgieron diversas negociaciones entre los países latinoamericanos y Estados Unidos, algunas de ellas culminaron en compromisos exitosos como, por ejemplo, el caso del acuerdo Chile-Estados Unidos, el cual entra en vigor en 2004. Otras se vieron truncadas por razones variadas, entre ellas, un cambio de orientación de la política interna y las dificultades propias de los procesos negociadores, como sucedió con la iniciativa Ecuador-Estados Unidos en el año 2007.

4. Al respecto, ver Sistema de Información de Comercio Exterior (SICE), http://www.sice.oas.org/ctyindex/USA/USAagreements_s.asp, acceso 10 de Julio de 2019.

5. COX (1972).

En términos de una inserción como objeto de estudio, los acuerdos comerciales suelen ser considerados como variables explicativa de una diversidad de fenómenos, tales como la disminución de conflictos, procesos de reformas económicas, aumento del comercio, la democracia, entre otras materias, más que ser una variable dependiente[6]. En ese sentido, se busca analizar estos tratados como una variable a explicar.

Los acuerdos de libre comercio (ALC) constituyen una de las vías por medio de las cuales los países definen su inserción comercial bilateral siendo las otras de tipo unilateral o multilateral, modalidades que no se aplican de manera excluyente. Una de las características específicas de los acuerdos de libre comercio es que los beneficios sólo son aplicables a las partes involucradas en ese acuerdo[7], a diferencia de acuerdos multilaterales, como son los acuerdos negociados en el marco de la Organización Mundial del Comercio (WTO) o de medidas que toma un gobierno de manera autónoma, como una rebaja de aranceles a las importaciones[8]. En ese sentido, se les ha considerado como una herramienta que profundiza procesos de integración[9].

También se les ha asignado un papel de gran importancia en evitar los conflictos armados, donde el principal argumento sugiere que los países comercian más entre sí reducen el riesgo de un conflicto militar, condición que adquiere más relevancia cuando se trata de países democráticos[10].

Un tercer argumento es que la liberalización del comercio sería una variable que permitiría mayores niveles de democracia, fundamentalmente, en la reticencia por parte de las dictaduras a usar herramientas como un FTA, debido a la pérdida de sus espacios de discrecionalidad al comprometer la reducción de espacios de este tipo a la aplicación de sus políticas[11] y más aún, que los países con mayores niveles de democracia llevaría a que los compromisos contenidos en los acuerdos sean de mayor profundidad[12].

Respecto al papel que cumplen los acuerdos de libre comercio en las reformas de mercado, los ALC constituyen una certificación de la credibilidad por parte del país suscriptor, en que mantendrá o profundizará su orientación pro-mercado[13], en especial cuando está involucrada una relación del tipo *Norte-Sur*; es decir, en la situación

6. WTO (2011); RAVENHILL (2011).

7. ALLE y ELSIG (2016).

8. WTO (2011).

9. WTO (2011); RAVENHILL (2011).

10. GARTZKE (2007); RUGGIE (1982); POLACHEK (1997); BALDWIN (1980); BLISS y RUSSET (1998); GARTZKE (1998); MACMILLAN (1997).

11. MANSFIELD *et al*. (2008); MANSFIELD y MILNER (2012).

12. HÜHNE *et al*. (2015).

13. WTO (2011); BACCINI y URPELAINEN (2014); ALLE y ELSIG (2016); MANSFIELD y MILNER (2012); RODRIK (2000).

en que un país en desarrollo tiene como contraparte a uno que ya superó esa etapa[14]. En ese caso, los ALC contribuirían a apuntalar el liderazgo político durante la implementación de las reformas de mercado[15] o en el fortalecimiento de la orientación pro-mercado de las mismas en el mediano plazo[16]. Finalmente, un acuerdo tendería a mayores grados de profundización en su orientación liberalizadora si predomina el comercio de bienes intermedios que finales[17], que da cuenta de economías más integradas en términos de su industria, condición que aplicaría a casos como el de México y Estados Unidos.

El auge de la entrada en vigor de acuerdos de libre comercio en América Latina ocurre en un contexto como el de la década de 1990, en que se reinauguran democracias y se inician reformas de reformas de mercado, con excepciones como Chile, que ya las había iniciado en 1974[18], con una diversidad amplia de resultados nacionales en estas dimensiones. Entre los países latinoamericanos estudiados se observa una importante diversidad respecto de sus características e indicadores económicos y políticos. Sus economías de mercado presentan un desempeño dispar que oscila entre los 4.1 y 8.6 puntos del Índice de Transformación *Bertlesmann*[19]. En lo que respecta a democracia, son considerados mayormente como democracias plenas, pero se manifiestan casos en que esa condición es discutible, como el de Honduras[20]. Asimismo, de acuerdo con su adhesión a un modelo de libertad económica, en general, son países clasificados como "moderadamente libres" por el Índice de Libertad Económica (IEF), aunque con excepciones como Nicaragua. El Índice de Libertad Económica, que desarrolla el Instituto *Heritage* y el diario *Wall Street Journal*, mide una serie de indicadores relacionados con la libertad económica. Cada país es medido en una escala de 1 a 100 y a partir de sus resultados se clasifican de la siguiente manera: "libre" (100-80); "mayoritariamente libre" (79,9-70); "moderadamente libre" (69.9-60); "mayoritariamente no libre" (59.9-50); "represivo" (49.9-0)[21].

14. ALLE y ELSIG (2016).

15. BACCINI y URPELAINEN (2014).

16. ALLE y ELSIG (2016); CUEVAS (2019).

17. BACCINI *et al.* (2018).

18. STOKES (2001); TEICHMAN (2011); FFRENCH-DAVIS (2005).

19. Este indicador de desempeño de una economía de mercado es tomado a partir de los resultados de la Índice de Transformación de la Fundación Bertlesmann, con una escala entre 1 y 10 puntos, donde valores superiores a 7 indican un desempeño positivo en sus economías de mercado. Al respecto ver, https://www.bti-project.org/en/index/status-index/, acceso, 11 de Julio de 2017.

20. De acuerdo con el Índice Polity IV, un país es considerado democrático si obtiene un resultado sobre 6 puntos. MARSHALL (2013).

21. Ver anexo 1. Mayor detalle ver en *Index of Economic Freedom*, http://www.heritage.org/index/, acceso, 11 de Julio de 2017.

i) Por qué estudiar los acuerdos comerciales de América Latina y EE.UU.

La opción de centrarnos en el caso específico de Estados Unidos tiene que ver con lo que significa en América Latina una vinculación con la principal potencia del mundo, tanto en términos comerciales como políticos, y fundamentalmente, comprender qué llevó finalmente a un país de la región a firmar un ALC con Estados Unidos (EE.UU.). Las prioridades estadounidenses se condensaron en una iniciativa de corte hemisférico, la cual se consolidó en la propuesta de la Alianza de Libre Comercio de las Américas (ALCA). Tras grandes debates en numerosos países de la región, en la Cumbre de las Américas realizada en Mar del Plata en el año 2005, el ALCA se vio coartado, en gran medida, por movilizaciones sociales e incoherencia con los modelos de desarrollo latinoamericanos, lo que modificó el terreno de juego en la arena comercial entre EE.UU. y la región.

Como corolario, la posición de la región se agrietó ideológicamente[22]. Mientras que para algunos países la propuesta estadounidense representaba una oportunidad para dinamizar los propios modelos de desarrollo, aumentando los niveles de intercambio no sólo en el ámbito económico sino también cultural y de valores compartidos[23], para otros la relación comercial con la potencia del norte implicaría el primer eslabón de una cadena de dependencia ante el imperialismo norteamericano[24].

Acto seguido, la política comercial estadounidense tomó un importante giro, optando por una estrategia bilateral en materia de acercamiento comercial con América Latina. Tras 12 años de la caída del ALCA, 11 países latinoamericanos y caribeños firmaron acuerdos de libre comercio con Estados Unidos.

A la fecha, existen seis acuerdos que vinculan comercialmente a países de la región con la principal potencia del mundo. Cuatro de estos son de corte bilateral (Chile, Panamá, Colombia y Perú), uno de ellos es multilateral (CAFTA) e involucra a Costa

22. "El ALCA se convirtió en un debate ideológico y se dice que el que está en contra es de izquierda y el que está a favor es de derecha". Lula Da Silva, durante la Organización Mundial de Comercio el 23 de noviembre de 2005. Fuente: "10 frases contra el ALCA", Telesur, publicado el 4 noviembre 2016, consultado en http://www.telesurtv.net/news/10-frases-contra-el-ALCA-20151102-0043.html el 21 de agosto de 2017.

23. "Esto significa la generación de más puestos de trabajos, más empleo y más oportunidades. También significa la posibilidad de poder tener un intercambio mayor no sólo en el ámbito económico sino también cultural y de valores compartidos con Estados Unidos". Ex Presidente Ricardo Lagos. Fuente: "Presidente Lagos anunció tratado de libre comercio con EE.UU.", Emol, publicado el 29 de noviembre de 2000, consultado en http://www.emol.com/noticias/todas/2000/11/29/39730/presidente-lagos-anuncio-tratado-de-libre-comercio-con-eeuu.html el 21 de agosto de 2017.

24. "¿Quién enterró al Alca? Los pueblos de América enterramos al Alca, hoy, aquí en Mar del Plata". Hugo Chávez, discurso en Mar de Plata (Argentina) 4 de noviembre de 2005. Fuente: "10 frases contra el ALCA", Telesur, publicado el 4 noviembre 2016, consultado en http://www.telesurtv.net/news/10-frases-contra-el-ALCA-20151102-0043.html el 21 de agosto de 2017.

Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y República Dominicana, mientras que México se vincula con Estados Unidos junto a Canadá por medio del NAFTA[25]. Para efectos del artículo, no se considera el proceso de re-negociación de este acuerdo iniciado bajo la presidencia de Donald Trump.

Una diferencia substancial que vale la pena destacar es el tiempo que media entre la firma del tratado y su respectiva puesta en vigor. Si bien esta característica tiene que ver con una doble dimensión, en la cual se involucran aspectos como la tramitación legislativa en los EE.UU. y su contraparte latinoamericana, el tiempo transcurrido desde la firma de un tratado hasta que este entra en vigor es bastante extenso, dado que el promedio es de casi tres años (33 meses). En los últimos casos, el proceso de ratificación se extendió a casi 5 años (Tabla 1).

Al mismo tiempo, las singularidades del Congreso estadounidense respecto de sus símiles latinoamericanos hacen difícil la comparación, debido a que tiene amplias atribuciones en materia de comercio exterior, donde puede intervenir en la propia negociación. Al mismo tiempo, su autonomía respecto al poder ejecutivo es bastante inusual en un régimen presidencial, lo que implica que cada senador o representante tenga un amplio margen de acción[26]. No obstante, la información presentada en la Tabla 1 nos sugiere que el proceso de entrada en vigor ha tendido a complejizarse a medida que más países han adquirido este tipo de vinculación con la principal potencia del mundo.

25. Mayor detalle de esta información se encuentre disponible en el Sistema de Información de Comercio Exterior de la Organización de Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/ctyindex/USA/USAagreements_s.asp , último acceso 15 de Noviembre de 2020.

26. BOX-STEFFENSMEIER *et al*. (1997); KAROL (2007).

Tabla1: Entrada en vigor de Acuerdos comerciales de Estados Unidos con países de América Latina (1990-2015).

País	**Tipo de Acuerdo**	**Diferencias entre fechas de firma y vigor**		
		Firma	Vigor	Tiempo (en meses aproximados)
México	Plurilateral (NAFTA)	17/12/1992	01/01/1994	12
Chile	Bilateral	01/06/2003	01/01/2004	6
El Salvador	Plurilateral (CAFTA)	05/08/2004	01/03/2004	18
Honduras	Plurilateral (CAFTA)	05/08/2004	01/04/2006	19
Nicaragua	Plurilateral (CAFTA)	05/08/2004	01/04/2006	19
Guatemala	Plurilateral (CAFTA)	05/08/2004	30/06/2006	22
República Dominicana	Plurilateral (CAFTA)	05/08/2004	01/03/2007	30
Perú	Bilateral	12/04/2006	01/02/2009	33
Costa Rica	Plurilateral	05/08/2004	23/12/2009	64
Colombia	Bilateral	22/11/2006	15/05/2012	65
Panamá	Bilateral	28/06/2007	31/10/2012	64

Fuente: Elaboración propia en base a Sistema Integrado de Comercio Exterior (SICE).

Otro aspecto destacable de EE.UU. como contraparte de un acuerdo comercial es su condición de principal potencia económica y militar del mundo. Por tanto, el país que se involucra en un acuerdo comercial con los Estados Unidos, generalmente, se encuentra en condiciones de asimetría estratégica que se evidencia en diversas dimensiones. Por ejemplo, en 2016, su producto interno bruto (PIB) casi duplicaba el de China, era casi cinco veces el tamaño de la economía alemana, y casi dos tercios mayor que el de América Latina y el Caribe en su conjunto (Tabla 2). Estas diferencias se acentúan aún más en el plano militar, donde su gasto es tres veces mayor que el de China y casi diez la totalidad de los países de América Latina y el Caribe[27].

27. MANSFIELD y MILNER (2012); RAVENHILL (2011).

Tabla 2: Importancia de países seleccionados y Latinoamérica respecto a EE.UU. (%).

País	PIB	PIB per Cápita	Población	Gasto militar	Gasto militar per cápita
China	0.54	0.13	4.27	0.36	0.08
Alemania	0.22	0.88	0.25	0.07	0.26
Japón	0.36	0.91	0.39	0.07	0.17
India	0.14	0.03	4.08	0.09	0.02
Brasil	0.14	0.22	0.65	0.04	0.06
México	0.07	0.18	0.40	0.01	0.03
América Latina y el Caribe	0.36	0.18	1.97	0.11	0.06

Fuente: Elaboración propia en base a SIPRI, 2017 y World Development Indicators, 2017.

Un segundo elemento para entender la relevancia de estudiar la entrada en vigor de compromisos comerciales con EE.UU. radica en las complejidades de los procesos de implementación y las reformas estipuladas en los textos de los acuerdos. Por lo general, estas afectan a áreas de gran importancia en el funcionamiento de las economías de los países latinoamericanos, en especial, en el plano regulatorio, propiedad intelectual, compras públicas, inversiones o, incluso, en la normativa laboral[28]. En este sentido, la entrada en vigor de un acuerdo con Estados Unidos implica una modificación que afecta de manera integral la estructura económica y productiva a nivel interno de los países suscriptores[29]. Considerando este argumento, hemos optado por enfocarnos en el estudio de la entrada en vigor de dichos compromisos y no en su firma dado que, por las características legales de estos acuerdos, la firma *per sé* no implica la implementación de sus disposiciones.

Una tercera dimensión por destacar es el carácter movilizador de una vinculación estrecha con los Estados Unidos en los países de la región. En algunos casos, esto generó vínculos de tipo transnacional entre las sociedades civiles de América Latina en rechazo al acuerdo[30]. Sin embargo, el análisis de experiencias nacionales muestra la presencia de elementos contradictorios, con el caso de movimientos sindicales a favor de un acuerdo, de gremios empresariales en contra o, incluso, alianzas que involucran a empresarios y trabajadores en su rechazo[31].

28. GONZÁLEZ (2009).

29. ALLE y ELSIG (2016); ANDERSON *et al.* (2011); DÜR *et al.* (2014); HENRIK *et al*. (2009); LIM *et al*. (2012); MANSFIELD y MILNER (2012); RODRIK (2000).

30. VON BÜLOW (2009); DOBRUSIN (2015).

31. BULL (2008); MURILLO (2001); GARCÉ y YAFFÉ (2014).

En este sentido, la entrada en vigor de un acuerdo con EE.UU. ha activado mecanismos de participación de la sociedad civil, como por ejemplo el referéndum popular en Costa Rica, donde el CAFTA fue aprobado por un estrecho margen de un 51,6%, contradiciendo los pronósticos que preveían su rechazo[32]. Esta victoria ha sido explicada por diversas razones como, por ejemplo, la movilización de las élites a votar en desmedro de otros grupos sociales[33].

En consecuencia, los antecedentes expuestos denotan la relevancia de la pregunta de investigación: para el periodo 1990-2015 ¿qué variables explican que un país latinoamericano haya puesto en vigor un acuerdo comercial con Estados Unidos?

Bajo esta lógica, es importante explicar la relevancia a la hora de definir el periodo analizado. Estudiar los condicionantes de la entrada en vigor de un acuerdo comercial con Estados Unidos previo a 1990, no tendría demasiado sentido práctico, debido a que el desarrollo de la política comercial estadounidense hacia la región por medio de acuerdos comerciales es un fenómeno que emerge a partir de los años 90's[34]. Asimismo, este proceso coincide con la confluencia de la democracia, la vigorización de las cadenas de valor global y las estrategias de libre mercado que se enraizaron a finales del siglo XX[35].

Al mismo tiempo, es imperativo precisar que el foco de este trabajo está puesto en el estudio de los casos latinoamericanos. En este sentido, el análisis no busca explicar las características de la contraparte estadounidense, dimensión que queda pendiente para futuras investigaciones. A partir de los argumentos presentados anteriormente, vale la pena preguntarse qué llevó a que un país de América Latina suscribiera un acuerdo comercial con los Estados Unidos, en especial, tomando en cuenta las implicancias que éste conlleva.

La revisión de los antecedentes nos conduce a considerar que una mayor importancia de las reformas de mercado implementadas por los países de la región, la cercanía geográfica y comercial con Estados Unidos y la exposición de los países de América Latina al comercio internacional tendrían un efecto positivo en la entrada en vigor de un ALC con EE.UU. A partir de ello, la hipótesis del artículo es que la profundidad de las reformas de mercado que implementaron los países fue incrementando la posibilidad que un país adopte un acuerdo con los Estados Unidos, por sobre otras variables indicadas en la literatura, como la cercanía geográfica, integración comercial y exposición al comercio internacional[36].

32. RODRÍGUEZ *et al.* (2008).
33. URBATSCH (2013).
34. WTO (2011).
35. STREECK (2012); PRZEWORSKI (1991); HAGGARD y KAUFMAN (1997).
36. RAVENHILL (2011); WTO (2011); ALLE y ELSIG (2016).

i) Definición y operacionalización de variables

Una vez establecidos el problema de investigación, la pregunta y las hipótesis tentativas, se torna relevante enunciar las variables consideradas en este trabajo. La variable dependiente se definió como el tiempo transcurrido desde 1990 hasta que entró en vigor un acuerdo comercial entre un país de América Latina y Estados Unidos, cuya ocurrencia es codificada con un valor = 1, mientras que cuando no entra en vigor es representada con un valor = 0. En cuanto a las variables independientes, las ordenamos en tres grupos con propósito de evaluar las hipótesis postuladas en el apartado anterior.

Un primer grupo de variables se definió a partir del grado de profundidad de las reformas de mercado por parte de los países latinoamericanos. Para ello se especificaron dos indicadores: la adhesión a una economía de mercado y el rol del Estado en la economía.

La mayor adhesión a una economía de mercado se ha observado por medio de los resultados agregados del Índice de Libertad Económica. Estos se presentan en una escala de 1 a 100, los que se clasifican de la siguiente manera: "libre" (100-80); "mayoritariamente libre" (79,9-70); "moderadamente libre" (69.9-60); "mayoritariamente no libre" (59.9-50); "represivo" (49.9-0)[37]. Respecto al papel del Estado en la economía, se observa por medio de la variable *State Ownership of the Economy*, información obtenida del proyecto *Varieties of Democracy* (V-DEM). Esta se interpreta de la siguiente manera: Valores en torno a cero (0) indican una presencia casi absoluta del Estado, mientras los valores cercanos a cuatro (4) muestran una mayor importancia del sector privado[38]. En ambos casos, tanto una mayor adhesión a un modelo de libre mercado como una orientación pro-sector privado implicarían un mayor riesgo de entrada en un acuerdo con los EE.UU.

Otro grupo de variables que se consideraron son aquellas relativas a la geopolítica del comercio. La pertenencia de un país latinoamericano a una determinada zona de influencia de EE.UU. explicaría positivamente la entrada en vigor de un acuerdo con dicha potencia. Reformulando el criterio planteado por Raymond Aron para contextos de guerra[39], la importancia geopolítica de los países latinoamericanos para los EE.UU. incrementaría el riesgo de un acuerdo comercial con la principal potencia del mundo. La definición de zonas de influencia para los Estados Unidos depende, en gran medida, de factores políticos, económicos y de coyuntura internacional, entre

37. Index of Economic Freedom, http://www.heritage.org/index/.

38. COPPEDGE *et al.* (2016).

39. ARON (1967).

otros[40]. Aún así, a lo largo de la historia han existido ciertas constantes en el interés de Estados Unidos por la región.

Definir zonas de influencia es relativamente difícil de precisar dado que no se estipula en un indicador estricto y su conmensurabilidad es compleja. Es por ello que definimos dos indicadores que nos permiten evaluar este argumento: la cercanía geográfica y relación comercial con Estados Unidos.

En este sentido, se tiende a pensar que la cercanía geográfica con EE.UU. disminuye los costos de transporte, facilita el comercio y, por ende, existiría un mayor interés en la entrada en vigor de un acuerdo. Siendo así, este indicador se operacionalizó a partir de la pertenencia a determinada subregión, clasificando a América Central, el Caribe y México como =0 y América del Sur =1.

La dimensión geopolítica se complementa con argumentos que sitúan a la relación comercial como un factor que incide en la puesta en vigor de un ALC con la principal potencia del mundo[41]. Esta variable se definió a partir del *ratio* entre las importaciones provenientes de Estados Unidos respecto del total de ese flujo para cada país en un año dado[42]. Si bien, como ya se ha mencionado, este trabajo se enfoca en el estudio desde la perspectiva latinoamericana, se tendería a pensar que cuando EE.UU. tiene una mayor participación en el volumen importado de un país latinoamericano, cuenta con un incentivo para reducir costos, entre ellos aranceles y barreras no arancelarias y, por lo tanto, existiría un mayor estímulo para la entrada en vigor de un ALC.

Finalmente, el tercer grupo de variables utilizadas en este estudio se refieren al nivel de exposición al comercio internacional. Bajo esta lógica, se asume que a mayor inserción en las dinámicas comerciales globales existiría un mayor riesgo de experimentar un acuerdo con Estados Unidos. Ello se indagó a partir de dos variables: la importancia del comercio, operacionalizada como el volumen de comercio total en función del producto interno bruto[43], y el número de compromisos comerciales que un país notificó ante la Organización Mundial de Comercio. A efectos de este trabajo, cuando se refiere al concepto Acuerdo Comercial o ALC se incluye en el tratamiento todos los compromisos comerciales del país estudiado. En este sentido se incorpora en dicha variable acuerdos de primera, segunda y tercera generación sin realizar diferenciación alguna entre ellos. Entre los compromisos contemplados se consideran

40. MORANDÉ (2005).

41. RAVENHILL (2011).

42. Los datos son expresados en porcentaje y fueron tomados del Banco Mundial, de la base *World Integrated Trade Solutions* o WITS, https://wits.worldbank.org/WITS/WITS/Restricted/Login.aspx, último acceso 20 de agosto de 2017.

43. Esto se expresa con la fórmula exportaciones/PIB. Los datos fueron tomados de la base *World Development Indicators*, del Banco Mundial, https://data.worldbank.org/products/wdi, último acceso 20 de agosto de 2017.

Acuerdos de Complementación Económica, Uniones Aduaneras, Acuerdos Preferenciales de Comercio y todos aquellos instrumentos que versa en materia comercial[44].

En el anexo 2 se sintetizan las características de las variables consideradas para esta investigación y su potencial efecto en el incremento del riesgo que tomaron los países latinoamericanos al experimentar un acuerdo de libre comercio con Estados Unidos.

En cuanto a la presencia de valores perdidos, el caso más problemático se encuentra en la variable Índice de Libertad Económica, pues presenta datos desde 1995, llegando a un 19% de ausencia de información. Si el modelo se estimara sólo con aquellos casos que presenten la totalidad de datos (*complete case analysis*) esto reduciría considerablemente el número de observaciones[45]. Por ello, en este caso, se evaluó realizar una imputación a partir del valor predicho obtenido mediante el resultado de regresiones[46]. Dado que esta técnica no mostró una distorsión relevante respecto de la media y desviación estándar originales (anexos 3 y 4), se optó por utilizar la estimación asumiendo la presencia de los valores perdidos[47].

ii) Enfoque y técnica

Para responder a estas hipótesis, se optó por un enfoque de EHA. En el campo de las relaciones internacionales, ha sido utilizado en diversas temáticas, tales como, el estudio de la sobrevivencia de un liderazgo político en el caso de conflicto bélico[48], las alianzas con otros países en función a su nivel de democracia[49] o la ratificación de acuerdos en materia medioambiental[50]. También ha sido empleado en política comparada para analizar la rotación ministerial[51] y el término anticipado de una presidencia ante situación de crisis[52].

---

44. Los datos fueron tomados de la base *Regional Trade Agreements Informations – System*, de la Organización Mundial de Comercio, https://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx, último acceso 22 de agosto de 2017.

45. ALLISON (2002).

46. Se utilizaron como variables auxiliares el Índice de Libertad Económica del Instituto Fraser y el Índice de Democracia (Polity IV), que presentan una correlación de *Pearson* de 0.76 a un 99% de confianza con el Índice de Libertad Económica de la Fundación Heritage.

47. ALLISON (2002).

48. DE MESQUITA y SIVERSON (1995).

49. GAUBATZ (1996).

50. BERNAUER *et al*. (2013).

51. CAMERLO y PÉREZ – LIÑÁN (2015); GONZÁLEZ-BUSTAMANTE y OLIVARES (2016); SOMER-TOPCU y WILLIAMS (2008).

52. MARTÍNEZ (2015).

En materia de relaciones económicas internacionales, esta técnica ha sido implementada, mayormente, en la identificación de determinantes durante el proceso de aprobación legislativa de ALC[53]. Sin embargo, su aplicación es escasa en tópicos de economía política internacional como la entrada en vigor de acuerdos comerciales.

Esta característica hace del enfoque metodológico utilizado una contribución analítica, diferenciándose de otras aproximaciones, las cuales explican la probabilidad de ocurrencia del fenómeno estudiado, como modelos *logit o probit*[54], que en este caso harían bastante problemático abordar este problema. En primer lugar, es la presencia de un evento de registro único por cada país, como es la entrada en vigor de un tratado internacional, lo que reduce el potencial de eventos (o valores =1) a los 20 países analizados. En segundo lugar, que el proceso a analizar no es la presencia del acuerdo en vigor, sino que analizar el proceso que llevó a que éste ocurriera, que en realidad remite a un evento que es dependiente de un tiempo de exposición previo. Ello hace que la aplicación de modelos para variables discretas del tipo *logit o probit* no sea la más apropiada, sino que más bien modelos de sobrevivencia, como los utilizados aquí [55]. Aplicar esta técnica al estudio de la entrada en vigor de ALC con EE.UU. nos permite identificar aquellos factores que explicarían las condiciones previas a la ocurrencia del evento.

El EHA busca explicar causas a fenómenos en un periodo temporal determinado, análisis que es conocido mayormente como análisis de sobrevivencia en la bioestadística y tiempo de falla (*failure time*) en el campo de la ingeniería[56]. La particularidad de este enfoque es que dichos factores se ubican en un momento previo a la ocurrencia del evento estudiado[57].

Un evento se define como un cambio cualitativo que ocurre en un punto de tiempo. Los eventos pueden ser de registro único o múltiple durante el período de observación[58]. En el primer caso es un suceso que ocurre solo una vez en el periodo de tiempo estudiado. Un ejemplo de ello es el deceso de una persona, dado que un individuo no puede experimentar la muerte en más de una oportunidad. Por otra parte, se entiende por eventos múltiples a aquellos que se reiteran en el tiempo, como sería la situación laboral de una persona, la cual puede cambiar de empleo, ser despedido o jubilar[59].

53. BOX-STEFFENSMEIER *et al.* (1997).
54. ALLE y ELSIG (2016).
55. MILLS (2011); CLEVES *et al.* (2016).
56. ALLISON (2014).
57. BOX-STEFFENSMEIR *et al.* (2003).
58. ALLISON (2014); MILLS (2011).
59. ALLISON (2014); MILLS (2011); CLEVES *et al.* (2016).

Para efectos de esta investigación la variable dependiente es el evento de registro único "entrada en vigor de un acuerdo comercial con Estados Unidos". Esto se operacionalizó mediante una variable *dummy* donde la entrada en vigor de un ALC con EE.UU. es = 1, pues los países una vez que ratifican el compromiso no pueden experimentar el evento nuevamente y, por ende, son excluidos del estudio. Esta es una de las principales diferencias con otras técnicas comúnmente utilizadas para el tratamiento de variables dicotómicas en las que se estudia la probabilidad de ocurrencia de la variable dependiente a lo largo del tiempo, como por ejemplo en los modelos *logit o probit*[60].

Una vez definido el evento, se precisa la tasa de riesgo (*o hazard ratio*) que, a efectos de este artículo se plantea como el *ratio* entre la probabilidad de ocurrencia de la entrada en vigor de un acuerdo comercial con Estados Unidos y la sobrevivencia, entendida como aquellos países latinoamericanos, que entre 1990 y 2015, no experimentaron la entrada en vigor de dichos compromisos.

Una vez definido el evento, que es la entrada en vigor de un acuerdo con los Estados Unidos, se estima una función de sobrevivencia o $S(t)$, que consiste en la proporción de sujetos u observaciones que sobreviven (no ponen en vigor un acuerdo con EE.UU. en este caso) más allá de un tiempo t, la que se expresa en $S(t)=\Pr(T\geq t)$. Esta se contrasta respecto a quienes no sobreviven (f), presentando el *ratio* (h) entre las unidades experimentan el evento (f) versus quienes no (S), es decir $h(t)=\frac{f(t)}{S(t)}$ [61].

En ciencias sociales, el método más utilizado es la regresión de Cox[62], el cual sigue un enfoque semi-paramétrico de acuerdo con Allison[63]. Su componente no paramétrico se define a partir de la no especificación de la función de riesgo respecto a la distribución del tiempo asociado a un evento. Al mismo tiempo, implica características paramétricas pues se implementa mediante un modelo de regresión estimado a través de una estrategia de máxima verosimilitud aunque sin estimación de una constante. Su fórmula es: $\log h(t)= \alpha(t)+\beta_1 X_1+\beta_2 X_2$ [64].

Su principal desventaja es la dificultad de realizar predicciones más allá del tiempo estudiado a causa de que esta técnica no contempla la presentación de una constante en su resultado. Aun así, presenta virtudes como una menor restricción en la especificación de la función de riesgo y la estimación de parámetros consistentes[65]. Asimismo, el foco del artículo no está puesto en predecir el punto de tiempo en que pueda

60. ALLISON (2014); CLEVES *et al*. (2016).

61. MILLS (2011); ALLISON (2014).

62. COX (1972).

63. ALLISON (2014).

64. MILLS (2011); ALLISON (2014).

65. MILLS (2011); ALLISON (2014); CLEVES *et al*. (2016).

ocurrir la entrada en vigor de un acuerdo, dado que es un evento inusual y de baja ocurrencia (a diferencia de cambios ministeriales, en los que si puede tener sentido), sino en que identificar variables institucionales que hacen más probable su aparición como evento. Ello nos hace optar por modelos de Cox y no por estimaciones paramétricas[66].

En el caso del presente artículo, la base de datos utilizada contiene un total de 520 observaciones con estructura de panel (país-año), en los que 11 países experimentaron el evento, es decir, la entrada en vigor de un acuerdo comercial con EE.UU. durante el período de observación.

La definición del número de co-variables toma una relevancia crucial en el diseño metodológico de los modelos de sobrevivencia. Si se siguiera el criterio estricto de eventos por variable (EPV)[67], nos limitaría a la construcción de un modelo que considere solo una variable explicativa. Siguiendo otros trabajos, optamos por flexibilizar esta regla lo que nos permitió agregar hasta tres (3) por cada modelo realizado[68].

Para nuestra investigación, se estipularon las siguientes etapas: en primer lugar, realizamos un análisis descriptivo mediante estimador *Kaplan-Meier*, en el que presentamos la función de sobrevivencia. A continuación, se efectuaron una serie de regresiones bivariadas a fin de identificar y estimar la pertinencia de la inclusión de las variables explicativas previamente definidas. Finalmente, se realizó el análisis por medio de tres (3) modelos multivariados, cada uno con variables que responderían a la hipótesis planteada. *A posteriori* se elaboró un cuarto modelo considerando los resultados obtenidos anteriormente. El propósito de este último es dar cuenta de una mejor estimación respecto a cuáles serían aquellos factores que explican la puesta en vigor de un acuerdo comercial con los EE.UU. en el período estudiado.

Para la interpretación de los resultados en este tipo de aproximaciones, es más práctico considerar el *hazard ratio* (HR) dado que expresa la variación porcentual del riesgo. Por su parte el β nos determina la direccionalidad de dicho efecto.

Para controlar problemas de heterogeneidad entre los países, utilizamos incremento de error estándar en clúster[69], testeando, posteriormente, los resultados en el caso de quebrantar el supuesto de proporcionalidad en el riesgo mediante la aplicación del *test de Schoenfeld*.

66. CLEVES *et al*. (2016).

67. El criterio EPV estipula la definición de una variable independiente por cada diez eventos (1:10) GONZÁLEZ-BUSTAMANTE y OLIVARES (2016).

68. MARTÍNEZ (2015).

69. ALLISON (2009).

3. Resultados

El análisis descriptivo muestra que la sobrevivencia comienza a disminuir de manera sustantiva a partir del año 17 (2006), cuando un 65% de las unidades continúan sin un compromiso comercial con EE.UU. Para el año 33 (2012) la sobrevivencia es de 45% lo cual se mantiene hasta el año 26 (2015) (Tabla 3).

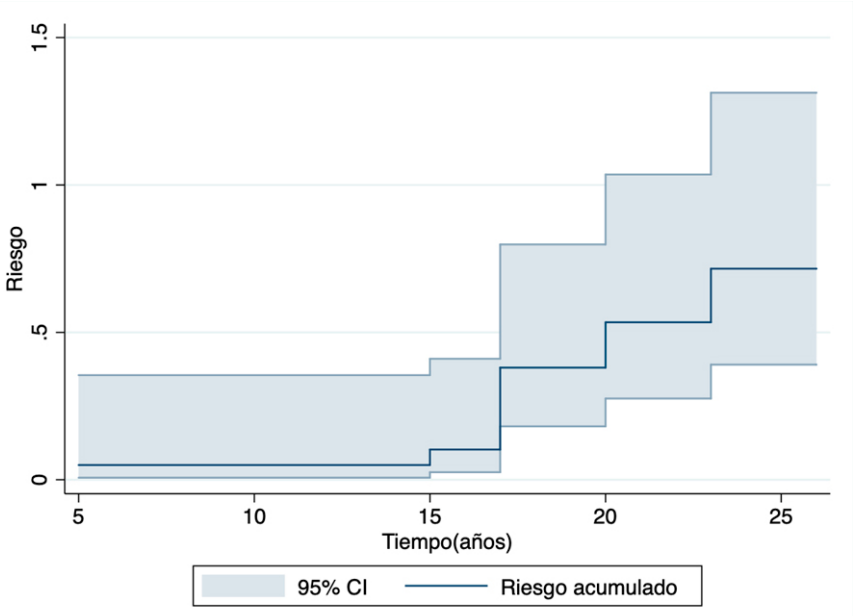
Tabla 3: Función de Sobrevivencia, países de América Latina, 1990 - 2015.

Tiempo	Experimentan evento	Función de Sobre-vivencia	Intervalo de confianza (95%)	
			Inferior	Superior
5	1	0.95	0.69	0.99
15	1	0.90	0.66	0.97
17	5	0.65	0.40	0.81
20	2	0.55	0.31	0.73
23	2	0.45	0.23	0.65
26	0	0.45	0.23	0.64

Fuente: Elaboración propia.

Esto se complementa con el análisis descriptivo del incremento del riesgo (Figura 1), obtenido mediante estimador *Nelson-Aalen*. Estos resultados, no obstante, deben interpretarse con cuidado al tomar en cuenta que sus intervalos de confianza (CI) son bastante amplios.

Figura 1. Incremento en el riesgo de un acuerdo con Estados Unidos



Fuente: Elaboración propia.

Los resultados muestran que un punto de incremento en la adhesión a un modelo de libertad económica, aumenta en un 13% el riesgo (*hazard ratio* o HR = 1.12) de la entrada en vigor de un acuerdo comercial con los Estados Unidos (anexo 4). En términos de facilitar su interpretación, un valor superior a uno indica un incremento porcentual del riesgo, mientras que inferior a 1 representa una disminución.

Cabe señalar que el término *riesgo* no es una valoración negativa del evento, sino que responde a un término propio de la técnica, que, para efectos de este artículo es el incremento en la *posibilidad* que llegue a ocurrir la entrada en vigor de un acuerdo con la principal potencia del mundo. En ese sentido, se usan los términos *riesgo* y *posibilidad* de manera intercalada como sinónimos.

El aumento de un punto en la variable relevancia del sector privado en la economía incrementó el riesgo de la entrada en vigor de un acuerdo con los Estados Unidos casi nueve veces (HR = 9.17), aunque esa lectura en realidad está indicando el paso de la categoría 0 a 1. De acuerdo con la región de pertenencia, los países de América del Sur disminuyeron el riesgo de la entrada en vigor de un ALC con EE.UU. en un 74% (1-0.26) respecto a los de América Central, México y los principales estados del Caribe (anexo 4).

Asimismo, una mayor importancia de las importaciones estadounidenses aumenta el riesgo de un acuerdo comercial en un 7%. Cada compromiso en materia de comercio que firma un país latinoamericano incrementa un 76% el riesgo de la entrada en vigor de un ALC con EE.UU. De acuerdo, a las medidas de entropía y de ajuste, esta última variable sería la más importante, dado un mayor valor del *pseudo*-logaritmo de máxima verosimilitud o Ll(M)[70] y uno menor en las medidas de entropía, que se expresa en *Akaike Information Criteria* (AIC) y *Bayesian Information Criteria* (BIC) y que se usa para comparar modelos (anexo 4). En términos de interpretación, un menor valor, significa un mejor ajuste del modelo, que equivale a señalar, una mayor reducción de los niveles de entropía[71].

La apertura del comercio tiene un impacto bajo en el incremento en el riesgo de experimentar un acuerdo con los Estados Unidos, de un 1% por cada punto que aumenta la exposición de los países al comercio internacional, con un 77% de confianza. Si bien este resultado no haría aconsejable su inclusión en el análisis multivariado, se optó por incorporar esta variable mediante una interacción con la variable región de pertenencia. Se entiende como interacción a la inclusión de una variable *Z* que media en el efecto de una variable independiente *X* sobre una dependiente *Y*[72].

70. Respecto del modelo nulo, aquel que no incluye variables independientes.

71. CLEVES *et al*. (2016).

72. JACCARD y TURRISI (2003).

El análisis multivariado se realizó comparando tres modelos, a partir de la selección realizada en un análisis bivariado. En el primero, se evaluó el impacto de las reformas de mercado, el segundo la cercanía comercial y geográfica con EE.UU. y el tercero la inserción comercial de los países latinoamericanos.

De acuerdo con las pruebas de ajuste, el modelo que mejor explicó el fenómeno estudiado es el M4 (Tabla 4), donde la inclusión de variables, según el Ll(M), presenta un mayor ajuste de los tres respecto de un modelo nulo. En todos los casos anteriores se aplicó el test de residuos de *Schoenfeld*, que confirmó el supuesto de proporcionalidad en la distribución de los riesgos[73].

Una mayor orientación hacia la libertad económica aumentó el riesgo de la entrada en vigor un acuerdo con Estados Unidos, dado que cada punto del IEF incrementó el riesgo (HR) en un 12%, como se ve en modelo 1. Si bien este no tiene un nivel de confianza del 95% sí lo sería a un 90% (p<0.08). Por cada aumento en un punto de la relevancia del sector privado, la posibilidad de un acuerdo de libre comercio aumenta 10 veces (Tabla 4).

En cuanto a las variables geopolíticas (M2), los países de América del Sur (AS) presentaron un 53% menos de riesgo que los de América Central, México y las principales islas del Caribe en experimentar la puesta en vigor de un acuerdo con EE.UU. aunque presentó apenas un 75% de confianza. Cada punto porcentual de aumento de la importancia de las exportaciones estadounidenses representó un 5% de incremento en que llegue a ocurrir un tratado comercial (Tabla 4).

Respecto de las variables de inserción comercial (M3), cada acuerdo en vigor incrementó en un 89% el riesgo de un acuerdo. En el caso de una mayor exposición al comercio internacional, al estar mediada por la región de pertenencia, para el caso de los países de América del Sur, cada punto de mayor exposición al comercio internacional redujo la posibilidad de un tratado con EE.UU. en un 2%, mientras que para el caso de los de América Central, México y el Caribe, éste se redujo en un 2%. Si bien su nivel de confianza es de un 86%, aumentó respecto de los resultados del análisis bivariado en nueve puntos (Tabla 4).

Finalmente, en vista de los resultados obtenidos, planteamos un cuarto modelo, en el cual incorporamos las variables relevantes de cada uno de los anteriores: del M1 se tomó la variable Índice de Libertad Económica pese a su bajo p valor dado que los resultados de la adhesión a un modelo de libertad económica podrían estar dependiendo de una reducción de la importancia del Estado como agente económico (Tabla 4).

73. Respondiendo a los supuestos del modelo de Cox donde la hipótesis nula (H_0) significa que los riesgos se distribuyen de manera proporcional, un abordaje desde esta técnica requiere la aceptación de la H0. A efectos de nuestro trabajo ello fue confirmado para M1, M2, M3 y M4.

Del M2 y M3 se incorporaron las variables relevancia de las importaciones provenientes de EE.UU. y número de ALC en vigor, respectivamente, a causa de su significancia estadística (Tabla 4).

Tabla 4: Análisis multivariado.

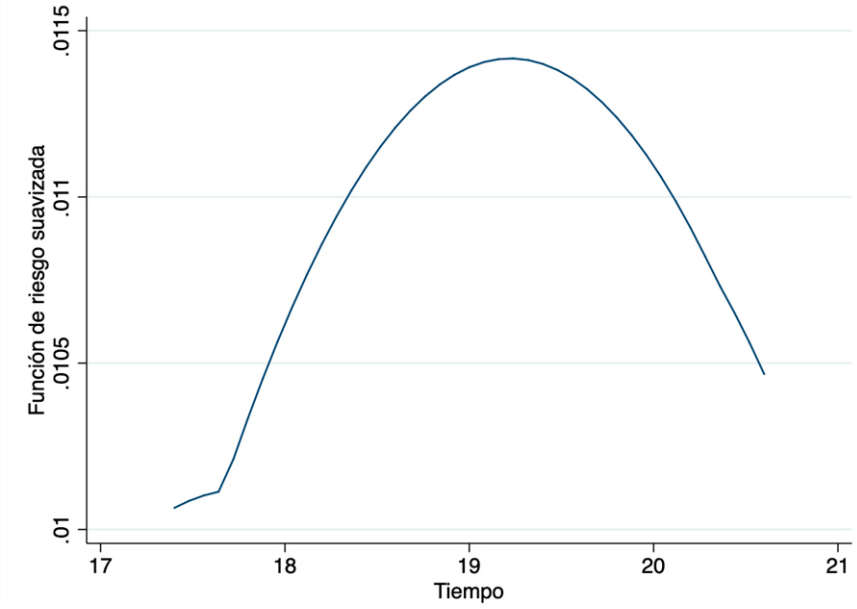
	Reforma de Mercado (M1)	Área de influencia (M2)	Inserción comercial (M3)	Modelo final (M4)
	B HR	β HR	β HR	β HR
IEF	0.110 (0.063) 1.116	--	--	-0.182*** (0.040) 0.83
Relevancia del sector privado en la economía	2.306** (0.859) 10.03	--	--	
Subregión (AS = 1)	--	-0.806 (0.693) 0.447	--	
Importaciones EE.UU. (%)	--	0.047* (0.023) 1.05	--	0.087*** (0.022) 1.09
Apertura de comercio	--	--	-0.016 (0.011) 0.984	
Número de compromisos comerciales	--	--	0.641*** (0.170) 1.89	0.579*** (0.105) 1.78
Apertura de comercio* subregión	--	--	-0.035* (0.016) 0.97	
IEF* relevancia del sector privado				0.064*** (0.009) 1.07
P>Chi2	0.001	0.020	0.001	0.000
Ll (M)	-21.42	-25.90	-20.98	-15.85
BIC	54.35	63.75	60.05	54.45
Sujetos	19	20	20	20
Eventos	10	11	11	10
Observaciones	315	394	416	296

*p <0.05; **p>0.01; ***p>0.000 Fuente: Elaboración propia

En la Tabla 4 se presentan los resultados obtenidos en el M4. Estos confirman la información obtenida en el M2 en la que se expone que a mayor importancia de las exportaciones de EE.UU. aumenta el riesgo de experimentar la puesta en vigor de un acuerdo con la principal potencia del mundo en un 9%. Lo mismo ocurre con el aumento en el número de acuerdos comerciales, donde cada compromiso lo incrementa en un 78%. Finalmente, la adhesión a un modelo económico de libre mercado, cuando depende de una mayor orientación hacia el sector privado como principal agente, aumenta el riesgo en un 7% por cada punto de aumento. En términos de ajuste, éste presenta un mayor poder explicativo por parte de las variables consideradas, al incrementarse la diferencia respecto de un modelo nulo y manteniéndose los niveles de entropía, observados en la reducción del BIC respecto del M1.

En la Figura 2[74] observamos la estimación del riesgo a partir de los resultados del M4, en el cual se observa un incremento del riesgo de la entrada en vigor de un ALC con EE.UU. a partir de año 17 (2006). Este alcanza su punto máximo en el año 19 (2008), para, posteriormente, disminuir el efecto que toman sobre el riesgo las covariables consideradas para el resto del periodo estudiado.

Figura 2: Riesgo Acumulado.

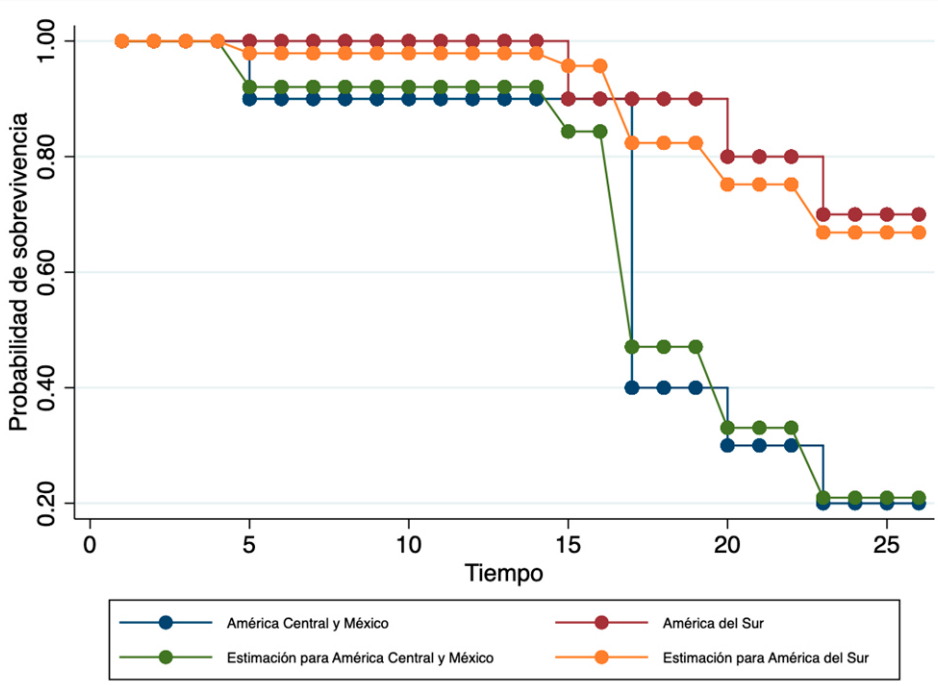


Fuente: Elaboración propia.

74. Esta Figura tiene la particularidad que muestra un efecto no lineal del incremento del riesgo de nuestra variable dependiente al incluir todas las variables independientes seleccionadas para el M4.

En la Figura3 observamos el contraste entre las funciones de sobrevivencia obtenidas mediante la estimación de la regresión de *Cox* (resultado de la estimación o predicho) y de *Kaplan-Meier*[75] (que presenta el valor observado en los datos). Los resultados del modelo muestran una subestimación de la sobrevivencia, para el caso de los países de América del Sur, situación que es a la inversa para los casos de aquellas naciones fuera del subcontinente.

Figura 3: Comparación estimación (modelo de Cox) y datos observados (Karpan-Meier).



Fuente: Elaboración propia.

75. La Figura 3 tiene por objeto comparar los valores predichos con los observados en los datos. Cuanto mayor sea el ajuste entre ambos, más eficiente es el modelo propuesto.

4. Conclusiones

A partir del planteamiento de nuestro problema de investigación, podemos afirmar que entre 1990 y 2015, los países de América Latina han presentado distintos énfasis en sus esquemas de integración comercial con el mundo. Una vinculación estrecha con los Estados Unidos es un elemento diferenciador en dicho proceso dadas las complejidades que este implica a la hora de negociar un acuerdo comercial y los efectos de este en materia de política interna.

Considerando los hallazgos obtenidos en la modelación de nuestro problema, una mayor tendencia hacia un modelo de libre mercado se confirma como elemento explicativo de la entrada en vigor de un acuerdo comercial con EE.UU. cuando está mediado por un proceso paralelo de transformación en que el sector privado adquiere un rol más destacado como actor económico en detrimento del Estado. El elemento mencionado anteriormente confirma los argumentos que señalan que la presencia de este tipo de acuerdos tiende a reforzar o acelerar procesos de reforma económica[76]. Bajo la misma lógica de Allee y Elsig[77], la tesis que sostiene que los compromisos comerciales son elementos que refuerzan las estrategias de reforma de mercado, nuestros hallazgos complementan a la literatura mencionada, destacándose por enfatizar el proceso previo a la entrada en vigor de un acuerdo comercial con Estados Unidos.

Si bien factores como la pertenencia a una determinada zona geográfica de mayor cercanía a los Estados Unidos es un argumento presente en la literatura[78], al estudiar el periodo previo a la entrada en vigor de un compromiso comercial con EE.UU. hay otros factores que se tornan más relevantes. En este sentido, y en función a nuestra hipótesis geopolítica, el peso de las importaciones estadounidense en los flujos de comercio exterior de un país latinoamericano explica consistentemente la entrada en vigor, cumpliéndose de manera parcial.

Junto con ello y en la misma línea de los hallazgos obtenidos por Baccini y Urpelainen[79], una mayor exposición a dinámicas de vinculación con los mercados internacionales, expresada en la variable comercio como porcentaje del PIB, no tiene un efecto estadísticamente significativo sobre la entrada en vigor de un acuerdo comercial con la principal potencia del mundo. Sin embargo, cuando definimos el nivel de inserción por medio del indicador número de acuerdos comerciales en vigor, sí se manifiesta un incremento importante en el riesgo de la entrada en vigor de un ALC con EE.UU. En este sentido, podemos inferir que una trayectoria previa en materia de vinculación

76. MANSFIELD y MILNER (2012); GATHII (2011); RAVENHILL (2011).

77. ALLE y ELSIG (2016).

78. DURAND (2000); GIRÓN (2015).

79. BACCINI y URPELAINEN (2014).

comercial por medio de mecanismos formales es un elemento substancial para la vinculación comercial con Washington.

Asimismo, estos resultados nos permiten pensar en las estrategias de vinculación comercial de los países latinoamericanos. No obstante, la entrada en vigor de un ALC con EE.UU. podría tener relación con la estrategia de apertura comercial unilateral, argumento que no podemos confirmar estadísticamente dado que este trabajo no se ha enfocado en las disposiciones enunciadas en cada compromiso. Este punto nos lleva a considerar tanto la liberalización unilateral como las disposiciones de los acuerdos como una dimensión clave para incluir en futuras investigaciones.

Referencias bibliográficas

ALLE, Todd y ELSIG, Manfred (2016): Why Do Some International Institutions Contain Strong Dispute Settlement Provisions? New Evidence from Preferential Trade Agreements. *The Review of International Organizations*, año 11, Nº 1, pp. 89-120.

ALLISON, Paul. (2002): Missing data: Quantitative applications in the social sciences. *Journal of Mathematical and Statistical Psychology*, año 55, Nº1, pp. 193-196.

ALLISON, Paul. (2009): Fixed Effects Regression Models. (London: SAGE).

ALLISON, Paul. (2014): Event History and Survival Analysis. (Washington: SAGE).

ANDERSON, Robert. D., PELLETIER, Philippe, OSEI-LAH, Kodjo., y MÜLLER, Anna Caroline. (2011): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering Accession: Ginebra: WTO Staff Working Paper. WTO Staff Working Paper.

ARON, Raymond. (1967): What is a Theory of International Relations. *Journal of International Relations*, año 21, Nº2, pp. 185-206.

BACCINI, Leonardo, DÜR, Andreas y ELSIG, Manfred (2018): Intra-Industry Trade, Global Value Chains, and Preferential Tariff. *International Studies Quarterly*, 0, 1–12.

BACCINI, Leonardo y URPELAINEN, Johannes (2014): International institutions and domestic politics: can preferential trading agreements help leaders promote economic reform? *The Journal of Politics*, año 76, Nº1, pp. 195-214.

BALDWIN, David (1980): Interdependence and power: a conceptual analysis. *International Organization*, año 34 Nº4,pp. 471-506.

BECK, Nathaniel y KATZ, Jonathan N. (1995): What to Do (and not to Do) with Time Series Cross Section Data. *American Political Science Review*, año 89 Nº 3, pp. 634-647.

BERNAUER, Thomas, BÖHMELT, Tobias y KOUBY, Vally. (2013): Is There a Democracy-Civil Society Paradox in Global Enviromental Governance? *Global Environmental Politics*, año 13 N°1, pp. 88-107.

BLISS, Harry y RUSSET, Bruce (1998): Democratic Trading Partners: The Liberal Connection, 1962-1989. *The Journal of Politics*, año 60 N° 4, pp. 1126-1147.

BOX-STEFFENSMEIER, Janet M, ARNOLD, Laura W y ZORN, Christopher J. W. (1997): The strategic timing of position taking in Congress: A study of the North American Free Trade Agreement. *American Political Science Review* año 91 N° 2, pp. 324-338.

BOX-STEFFENSMEIER, Janet M, REITER, Dan y ZORN, Christopher. (2003): Nonproportional hazard and event history analysis in international relations. *Journal of Conflict Resolution*, pp. 33-53.

BULL, Benedicte. (2008): Policy networks and business participation in free trade negotiations in Chile. *Journal of Latin American Studies*, año 40 N°2, pp. 195-224.

CAMERLO, Marcelo y PERÉZ-LIÑÁN, Aníbal. (2015): The politics of minister retention in presidential systems: Technocrats, partisans, and government approval. *Comparative Politics*, año 47 N°3, pp. 315-55.

CLEVES, Mario, GOULD, William y MARCHENKO, Yulia. (2016): An Introduction to Survival Analysis Using Stata, Revised Third Edition. (College Station, Texas: Stata Press).

COPPEDGE, Michael, GERRING, John, LINDBERG, Staffan, SKAANING, Svend-Erik, TEORELL, Jan, ALTMAN, David, ANDERSSON, Frida, BERNHARD, Michael, FISH, Steven, GLYNN, Adam, HICKEN, Allen, HENRIK KNUTSEN, Carl, MAC MANN, Kelly, MECHKOVA, Valeriya, MIRI, Farhard, PAXTON, Pamela, PEMSTEIN, Daniel, SIGMAN, Rachel, STATON, Jeffrey y ZIMMERMAN, Briggite (2016): Varieties of Democracy Codebook v.6. (Gotemburgo: University of Gotemburgo - University of Notre-Dame).

COX, David R. (1972): Regression models and life tables (with discussion). *Journal of the Royal Statistical Society,* 34.

CUEVAS, Rodrigo (2019): Reformas de Mercado y Acuerdos Comerciales en América Latina (1970-2015). *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, año 64 N° 237, pp. 377-407.

DE MESQUITA, Bruce B. y SIVERSON, Randolph M. (1995): War and the survival of political leaders: A comparative study of regime types and political accountability. *American Political Science Review*, año 89 N°4, pp. 841-855.

DOBRUSIN, Bruno. (2015): Transnational labor action in Latin America: from the struggle against the Free Trade Area of the Americas to the return of labor relation. *Labor History*, año 56 Nº 3, pp. 270-291.

DÜR, Andreas, BACCINI, Leonardo y ELSIG, Manfred. (2014): The Design of International Trade Agreements: Introducing a New Dataset. *The Review of International Organizations*, año 9 Nº 3, pp. 353-375.

DURAND, Jorge. (2000): Tres premisas para entender y explicar la migración México-Estados Unidos. *Estudios de historia y sociedad*, año XXI Nº 83, pp. 19-35.

FFRENCH-DAVIS, Ricardo (2005): Reformas para América Latina después del fundamentalismo neoliberal. (Santiago: CEPAL).

GARCÉ, Adolfo y YAFFÉ, Jaime. (2014): Tercer acto. La era progresista. Hacia un nuevo modelo de desarrollo (Uruguay: Editorial Fin de Siglo).

GATHII, James T. (2011): The Neoliberal Turn in Regional Trade Agreements. *Washington Law Review*, año 86 Nº3, pp. 421-474.

GARTZKE, Erik (1998): Kant We All Just Get Along? Opportunity, Willingness and the Origins of the Democratic Peace? *American Journal of Political Science,* año 42 Nº1 ,pp. 1-27.

GARTZKE, Erik (2007): The Capitalist Peace American. *Journal of Political Science*, año 5 Nº1, pp. 166-191.

GAUBATZ, Kurt T. (1996): Democratic states and commitment in international relations. *International Organization*, año 50 Nº1, pp. 109-139.

GIRÓN, Alicia. (2015): Zonas libres de comercio. ¿Un camino para el desarrollo? *Revista Latinoamericana de Economía*, año 46 Nº180.

GONZÁLEZ, Anabel. (2009): La implementación de acuerdos comerciales preferenciales en América Latina: la experiencia de implementación del CAFTA-RD en Costa Rica. Sector Integración y Comercio, Documento de Políticas 104: Banco Interamericano de Desarrollo.

GONZÁLEZ-BUSTAMANTE, Bastián y OLIVARES, Alejandro (2016): Cambios de gabinete y superviviencia de los ministros en Chile durante los gobiernos de la Concertación (1990-2010). *Colombia Internacional*, año 87, pp. 81-108.

HAGGARD, Stephan y KAUFMAN, Robert. (1997): The Political Economy of Democratic Transitions. *Comparative Politics*, año 29 Nº3, pp. 263-283.

HENRIK, Henrik, MAVROIDIS, Petros C, y SAPIR, Andre. (2009): Beyond the WTO? An Anatomy of EU and US Preferential Trade Agreements. Bruselas: Bruegel Blue Print Series.

HÜHNE, Philippe, MEYER, Birgit, NUNNENKAMP, Peter, y ROY, Martin. (2015): Democracies Cooperate More: even where it threatens to bite? *Applied Economics Letters*, año 23 Nº11, pp. 812-815.

JACCARD, James y Turrisi, Robert (2003): Interaction effects in multiple regression. (London: Sage).

KAROL, David. (2007): Does Constituency Size Affect Elected Officials' Trade Policy Preferences? *The Journal of Politics*, año 69 Nº2, pp. 483-494.

LIM, C.L, ELMS, Deborah y LOW, Patrick (editores) (2012): Trans-Pacific Partnership: The Quest for a 21st Century Trade Agreement. (Cambridge: Cambridge University Press).

McMILLAN, Susan (1997): Interdependence and conflict. *Mershon International Studies Review*, año 41 Nº1, pp. 33-58.

MANSFIELD, Edward D y MILNER, Helen V. (2012): Votes, Vetoes, and the Political Economy of International Trade Agreements. (Princeton: Princeton University Press).

MANSFIELD, Edward D, MILNER, Helen V. y PEVEHOUSE, Jon C. (2008): Democracy, Veto Players and the Depth of Regional Integration. *World Economy*, año 31 Nº1, pp. 67-96.

MARSHALL, Monty G. (2013): POLITY IV Project. Political Regime and Transitions, 1800-2013. Data User´s Manual. Societal-Systems Research Inc.

MARTÍNEZ, Christopher (2015): Presidential survival in South America: Rethinking the role of Democracy. *International Political Science Review*, año 38 Nº1, pp. 40-55.

MILLS, Melinda. (2011): Introducing survival and event history analysis. (London: Sage Publications).

MORANDÉ, José. (2005): Estados Unidos y la Unión Europea en el siglo XXI: fundamentos y alcances de una unidad y diversidad. *Estudios Internacionales,* año 38 Nº 149.

MURILLO, María Victoria (2001): Labor unions, partisan coalitions, and market reforms in Latin America. (Cambridge University Press).

PICKUP, Mark. (2015): Introduction to Time Series Analysis. (London: SAGE).

POLACHEK, Solomon W. (1997): Why Democracies Cooperate More and Fight Less: The Relationship Between International Trade and Cooperation. *Review of International Economics*, año 5 Nº 3, pp. 295-309.

PRZEWORSKI, Adam. (1991): Democracy and the Market: Political and Economic Reforms in Eastern Europe and Latin America. (New York: Cambridge University Press).

RAVENHILL, John. (2011): Global political economy. (New York: Oxford University Press).

RODRÍGUEZ, Florisabel, GÓMEZ-BARRANTES, Miguel, y CHACÓN, Wendy. (2008): El referéndum del TLC en Costa Rica. *Revista de Ciencias Sociales (Cr)*, pp. 49-69.

RODRIK, Dani. (2000): Trade Policy Reform as Institutional Reform. (Washington: Banco Interamericano de Dessarrollo).

RUGGIE, John G. (1982): International Regimes, Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order. *International Organization*, año 36 N°2, pp. 379-415.

SOMER-TOPCU, Zeynep y WILLIAMS, Laron. (2008): Survival of the Fitest? Cabinet Duration in Postcommunist Europe. *Comparative Politics*, año 40 N° 3, pp. 313-329.

STOKES, Susan (2001): Mandates and Democracy: Neoliberalism by Surprise in Latin America. (New York: Cambridge University Press).

STREECK, Wolfgang (2012): How to Study Contemporary Capitalism? *European Journal of Sociologý*, año53 N°1, pp. 1-28.

TEICHMAN, Judith (2011): The Politics of Freeing Markets in Latin America: Chile, Argentina, and Mexico. (North Carolina: The University of North Carolina Press).

URBATSCH, Robert (2013): A Referendum on Trade Theory: Voting on Free Trade in Costa Rica. *International Organization*, año 67 N° 01, pp. 197-214.

VON BÜLOW, Marissa. (2009): Networks of Trade Protest in the Americas: Toward a new labor internationalism? *Latin American Politics and Society* año 51 N°2, pp. 1-28.

WTO (2011): World Trade Report: The WTO and preferential trade agreements: From co-existence to coherence. Geneve: World Trade Organization.

Anexos

Anexo 1: Principales características económicas y políticas de países considerados (2016).

	TLC con Estados Unidos	Apertura del Comercio (% PIB)	Ingreso	Nivel de democracia	Índice de Libertad Económica	Funcionamiento de las Economías de Mercado
Argentina	No	26,1	Medio alto	9	50,4	5,75
Bolivia	No	56,6	Medio bajo	7	47,7	5,86
Brasil	No	24,6	Medio alto	8	52,9	7,14
Chile	Sí	56,1	Alto	10	76,5	8,39
Colombia	Sí	34,7	Medio alto	7	69,7	6,64
Costa Rica	No	63,5	Medio alto	10	65	7,79
Cuba	No	44,3	Medio alto	-7	33,9	4,61
Rep. Dominicana	Sí	54,1	Medio alto	8	62,9	5,79
Ecuador	No	39,0	Medio alto	5	49,3	5,64
El Salvador	Sí	64,2	Medio bajo	8	64,1	6,5
Guatemala	Sí	46,8	Medio bajo	8	63	5,11
Honduras	Sí	100,7	Medio bajo	7	58,8	5,32
Jamaica	No	78,4	Medio alto	9	69,5	6,11
México	Sí	78,1	Medio alto	8	63,6	6,5
Nicaragua	Sí	95,9	Medio bajo	9	59,2	5,46
Panamá	Sí	94,3	Medio alto	9	66,3	7,04
Paraguay	No	81,5	Medio alto	9	62,4	6,0
Perú	Sí	44,8	Medio alto	9	68,9	7,18
Uruguay	No	41,5	Alto	10	69,7	8,57
Venezuela	No	54,3	Medio alto	4	27	4,07

Fuente: Elaboración propia con datos del Banco Mundial, Polity IV, Fundación Heritage y Fundación Bertlesmann.

Anexo 2: Variables independientes consideradas.

Variable	Descripción	Operacionalización	Efecto esperado
Índice de libertad económica (Heritage Foundation & WSJ)	Grado de adhesión a principios de libertad económica	Valores entre 0 y 100 (%)	Mayor adhesión a libre mercado, mayor riesgo (+,+)
Relevancia del sector privado en la economía (V-DEM)	Mide la participación del estado en la economía mediante la posesión de activos	Estimación de inferencia bayesiana a partir de una escala ordinal, donde 0 es un papel monopólico del Estado mientras que 4 muestra un papel preponderante del sector privado	Mayor índice, mayor riesgo, (+,+)
Sub-Región	Pertenencia de los países a subregión	Variable dummy (1= América del Sur; 0= América Central, el Caribe y México)	Mayor cercanía geográfica, mayor riesgo (+,+)
Relevancia de las Importaciones de USA (WITS)	Participación de las importaciones de EE.UU. respecto al total importado.	Valores entre 0 y 100 (%)	Mayor relevancia importaciones, mayor riesgo (+,+)
Apertura de Comercio (WDI)	Importancia del comercio en relación al PIB	(X+M)/ PIB. Valores entre 0 y 100 (%)	Mayor exposición al comercio internacional, mayor riesgo (+,+)
Número de acuerdos comerciales en vigor (OMC)	Número de compromisos comerciales en un año t_i	Variable conteo.	Mayor número de acuerdos, mayor riesgo (+,+)

Fuente: Elaboración propia en función a los indicadores mencionados en el texto.

Anexo 3: Características de variables independientes.

	Media	Desviación estándar	Valores perdidos	
			N	%
Índice de libertad económica (IEF)	60.1	10.3	100	19.2
Índice de libertad económica (IEF) (Imputada)	59.6	9.7	0	0
Relevancia del sector privado en la economía	2.91	0.7	26	5
Subregión (América del Sur = 1)	0.5	0.5	0	0
Relevancia de las importaciones de EE.UU.	27.7	15.0	34	6.5
Apertura de Comercio	64.2	32.7	12	2.3
Número de acuerdos comerciales en vigor	4.1	3.7	0	0

Fuente: Elaboración propia.

Anexo 4: Análisis exploratorio de variables independientes.

	HR	**β**	**Ll (M)**	**AIC**	**BIC**	**Sub**	**Fail**	**Obs**
IEF	1.13*	0.126* (.052)	-23.86	49.73	53.51	19	10	325
IEF (Imputada)	1.12*	0.11* (0.049)	-27.33	56.66	60.71	20	11	425
Mayor participación del sector privado en la economía	9.17**	2.22** (0.821)	-26.58	58.22	62.28	20	11	425
Subregión (AS = 1)	0.26*	-1.34* (0.635)	-28.11	55.16	59.19	20	11	425
Importaciones EE.UU. (%)	1.07**	0. 064** (0.022)	-26.33	54.65	58.63	20	11	394
Apertura de Comercio	1.01	0.006 (0.005)	-30.02	62.05	66.08	20	11	416
Número de acuerdos comerciales en vigor	1.76***	0.57*** (0.112)	-23.00	48.00	52.06	20	11	425

*p<0.05; **p>0.01; ***p <0.000 Fuente: Elaboración propia.

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

ISSN 0718-9389 | E-ISSN 0719-2150 | VOL. 11 | NÚM. 2 | 15 DE DICIEMBRE DE 2020

La *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* es una publicación científica editada por la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Administrativas, fundada en el año 2010. Su sello distintivo se basa en la existencia de dos secciones permanentes sobre el Derecho y la Ciencia Política entendidas como campos interdisciplinares. Su objetivo principal es la creación de espacios especializado que se beneficie de las sinergias que pueden y deben establecerse entre ambas especialidades.

DIRECTOR EDITOR

Dr. David Almagro Castro

COORDINADORA EDITORIAL

Claudia Campos Letelier, Universidad Católica de Temuco, Chile

ASISTENTE DE COORDINACIÓN

Hernán Sandoval Alarcón, Universidad Católica de Temuco, Chile

CORRECTOR DE ESTILO Y DISEÑADOR

Ediciones Silsag

UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE
TEMUCO