ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO

2023

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Ediciones Universidad Diego Portales, Domingo Lovera Parmo, Tamara Carrera y María José Jara […et. al] / Anuario de derecho público 2024
Santiago de Chile: la universidad: Facultad de Derecho de la universidad, 2024, 1ª edición, 371 pp., 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983
Cutter: An89
Colección Derecho
Palabras de Domingo Lovera Parmo, Tamara Carrera y María José Jara, directores del anuario. Con notas al pie. Incluye la cátedra Jorge Huneeus Zegers "Public law, the levels of the law and environmental problems" por Elizabeth Fisher"
Parte importante de los artículos que componen esta edición han sido sugeridos por los distintos académicos y académicas integrantes del comité editorial.

Materias:
Protección de datos personales.
Derecho ambiental. Chile. Cambio climático.
Reformas constitucionales. Chile.
Derecho Internacional. Chile.
Derecho constitucional. Chile.
Armas. Aspectos jurídicos. Chile.
Huneeus Zegers, Jorge, 1835-1889, critica e interpretación

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO 2023

© VV. AA., 2023
© Ediciones Universidad Diego Portales, 2023

Primera edición: agosto de 2024
ISBN 978-956-314-596-0

Universidad Diego Portales
Dirección de Publicaciones
Av. Manuel Rodríguez Sur 415
Teléfono (56 2) 2676 2136
Santiago – Chile
www.ediciones.udp.cl

Edición: Domingo Lovera
Diseño: Mg estudio

Impreso en Chile por XXXXX

ANUARIO DE DERECHO PÚBLICO

2023

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

DIRECTORES
Domingo Lovera
María José Jara
Tamara Carrera

COMITÉ EDITORIAL
Lidia Casas Becerra
Javier Couso Salas
Jorge Correa Sutil
Rodolfo Figueroa García-Huidobro
Matías Guiloff Titun
Dominique Hervé Espejo
Domingo Lovera Parmo
Judith Schönsteiner

EDICIONES
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

ÍNDICE

Presentación 11

PARTE 1. DERECHO CONSTITUCIONAL 15

Crisis del sistema de nombramientos en el Tribunal Constitucional
Tania Busch Venthur 17

Las garantías del (in)existente derecho al olvido digital en Chile. Reflexiones sobre el Proyecto de Ley de Reforma a la Ley N° 19.628
Leonardo Ortiz Mesías 37

La acción de inaplicabilidad en el proyecto constitucional 2023: la reivindicación del control concreto de la ley
Catalina Salem y Jean Menanteau 55

Nuevo texto constitucional propone: Fuerte Modernización del Poder Judicial
Hernán Larraín Fernández 73

Disposiciones sobre la interpretación jurídica en el Anteproyecto de Constitución Política de la República
Carla Iuspa Santelices y Consuelo Reyes Crisóstomo 91

Presentación de algunas problemáticas en torno al efecto erga omnes de la cosa juzgada a raíz de la judicialización por las alzas en precios de planes de Isapres
Carolina Carreño 109

PARTE 2. DERECHO ADMINISTRATIVO **153**

Responsabilidad del regulador por falta de servicio: la determinación de los deberes y estándares de servicio a la luz de la condena a la Superintendencia de Valores y Seguros
Sebastián Aguirre Ulloa y Gonzalo Mellado Calderón 155

La Constitución ambiental en el Proceso Constitucional de 2023
Flavio Quezada Rodríguez 177

Sistema estatal de control de armas de fuego en Chile: una revisión desde el derecho administrativo
Katerine Fuentes Lagos 199

PARTE 3. DERECHO AMBIENTAL **219**

Corte Suprema y los programas de cumplimiento en sede ambiental
Emanuel Ibarra 221

Atentados contra el medio ambiente en la Ley de Delitos Económicos: Revisión y Reflexiones desde la óptica del Derecho Ambiental
Paula Candia Inostroza y Camila Martínez Encina 237

Desarrollo de la acuicultura en áreas protegidas: Un Estado, dos almas
Felipe Leiva S y Rubén Henríquez N. 265

PARTE 4. DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO **281**

¿Cuál estándar? ¿De acuerdo a quién? Problematizando la noción de "estándar internacional" en el debate acerca del Consentimiento Indígena en Chile
Cristóbal Carmona Caldera y Tomma Steggewentz 283

Opiniones consultivas sobre cambio climático en tribunales internacionales, ¿una contribución a la acción climática?
Pedro Cisterna Gaete 305

El derecho humano al cuidado. Fundamentos y autonomía en clave latinoamericana
Mariana Brocca y Laura Pautassi 329

PARTE 5: CÁTEDRA JORGE HUNEEUS ZEGERS **351**

Public Law, the Levels of the Law, and Environmental Problems
Elizabeth Fisher 353

PRESENTACIÓN

Atravesamos arenas constitucionales movedizas. Durante cuatro años – no sabemos si dejamos de hacerlo, aún –, el país se embarcó en la tarea de redefinir su marco constitucional. Estimulado decisivamente por las movilizaciones sociales de fines de 2019, pero con diagnósticos de mal funcionamiento y críticas de legitimidad bastante anteriores, cuya existencia sería deshonesto negar, Chile atravesó dos procesos constituyentes.

Procesos, porque se trató de mecanismos más o menos diseñados y detallados de antemano para que el órgano en cuestión – la Convención, primero, la Comisión Experta y el Consejo, después – se volcara única y exclusivamente a la tarea encomendada: redactar una propuesta de nueva Constitución. Constituyentes, porque en ambas ocasiones los órganos protagonistas contaban con la atribución de reemplazar, con más o menos contornos, la Constitución vigente en su totalidad.

Ambos procesos terminaron con rechazos ciudadanos.

El pueblo de Chile, por razones que la reflexión intelectual y académica se encuentra recién explorando, terminó con propuestas que no lograron transformarse en una nueva Constitución para el país. El *Anuario*, cuya versión número doce ahora presentamos, contribuye como un espacio para que esas reflexiones – como decimos, aún incipientes – reciban cobijo. Así lo hace ahora respecto de algunas de las propuestas contenidas en el último proceso (2022-2023), ya sea de las ofrecidas por la Comisión Experta, como de las del Consejo Constitucional. La primera parte de esta versión del *Anuario* se destina a ello.

Las secciones siguientes del *Anuario* desmenuzan algunos de los hitos centrales del derecho público chileno y comparado del año 2023. Recuérdese que el fin de este *Anuario*, por definición editorial, es el de ofrecer reflexiones de especialistas, orientadas, con todo, a un público no necesariamente formado en la disciplina, conectando el derecho público a la ciudadanía.

Así, en la sección de derecho constitucional se abordan aspectos cruciales del derecho constitucional, desde el examen del sistema de nombramiento de los

ministros del Tribunal Constitucional hasta el análisis del efecto erga omnes en el contexto de la judicialización de casos relacionados con alzas en precios de planes de ISAPRE. Además, se exploran las garantías del derecho al olvido digital frente a la omnipresencia de información en los servidores web de Internet.

El segundo apartado de este *Anuario* se centra en el derecho administrativo, destacando dos reflexiones pertinentes en el marco del Estado regulador. Se examina la responsabilidad del regulador por falta de servicio, así como el sistema estatal de control de armas de fuego, aspectos fundamentales para comprender la dinámica regulatoria en la sociedad contemporánea.

El tercer segmento de esta publicación se adentra en el derecho ambiental, analizando el régimen recursivo en materia ambiental en relación con los programas de cumplimiento, los delitos económicos relacionados con atentados contra el medio ambiente y las dificultades que enfrenta el desarrollo de la acuicultura en áreas protegidas.

La cuarta sección del *Anuario* profundiza en el derecho internacional público, planteando interrogantes cruciales en torno a la noción de "estándar internacional" en el debate sobre el consentimiento indígena en nuestro país. Asimismo, se exploran las opiniones consultivas sobre cambio climático en tribunales internacionales y se examina el derecho humano al cuidado desde una perspectiva latinoamericana.

Finalmente, la última sección de esta publicación se dedica a la transcripción de la Cátedra Jorge Huneeus Zeger, quien fuera uno de los abogados constitucionalistas más importantes del país. En esta versión se publica la ponencia de la profesora Elizabeth Fisher: "Public Law, the Levels of the Law, and Environmental Problems", dictada en diciembre de 2023.

Aprovechamos de advertir al atento lector, que la ponencia de la Cátedra correspondiente al año 2022, de la profesora Cheryl Saunders, "Éxito y fracaso en procesos constituyentes", será publicada en el próximo número del *Anuario*. Se tratará de una versión corregida y expandida, a la luz de los hechos que, en diciembre de ese año, no estaban disponibles.

Tal como ocurre en otras ocasiones, una parte importante de los artículos que componen esta edición han sido sugeridos, y sus autores y autoras contactadas, por los distintos académicos y académicas integrantes del comité editorial. Sin su trabajo esta obra no sería posible. Del mismo modo, agradecemos especialmente a los autores y autoras por aportar con sus valiosos trabajos en este *Anuario*. Como ya es tradición en esta publicación, la autoría de los artículos que se ofrecen para la lectura responde a la intención de cuidar una adecuada equidad de género.

Como en años anteriores, la publicación de este *Anuario* descansa especialmente en la atenta asistencia en la coordinación y edición de Violeta González, ayudante del Programa de Derecho Público y pilar fundamental de esta publicación. Este año, además, queremos agradecer el esfuerzo comprometido y desinteresado de las doctorandas y profesoras de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Tamara Carrera y María José Jara, que se sumaron al profesor Domingo Lovera en la dirección del Anuario. Sin su adición y trabajo, el *Anuario* no habría visto la luz.

Para terminar, no queremos dejar pasar la ocasión de ofrecer disculpas públicas al profesor Santiago Montt Oyarzún, cuyo trabajo publicado en la versión 2022 de este *Anuario* tuvo problemas de edición que son solo imputables a esta dirección. La edición disponible en el sitio web del Programa de Derecho Público, donde se alojan las versiones electrónicas del *Anuario*, ha sido debidamente enmendada.

Tamara Carrera
María José Jara
Domingo Lovera

Directores Anuario de Derecho Público 2023

Santiago, junio de 2024

PARTE 1. DERECHO CONSTITUCIONAL

CRISIS DEL SISTEMA DE NOMBRAMIENTOS EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tania Busch Venthur[1]

Resumen

El presente trabajo se refiere al sistema de nombramientos de los ministros del Tribunal Constitucional y el modo en que este ha operado en la práctica constitucional, con especial énfasis en los procesos de designación desarrollados entre 2022 y 2023. Con este objetivo se revisan los sistemas de designación establecidos para los tribunales constitucionales en Chile desde 1970 al presente. Se revisa en detalle el sistema de selección y nombramiento vigente y cómo ha sido valorada la práctica de las designaciones, ahondando en las críticas que el sistema ha recibido desde la doctrina. Luego se describe cómo se aborda este problema en los diversos proyectos de nueva Constitución que han resultado de los procesos constitucionales, destacando cómo las innovaciones propuestas buscan resolver las deficiencias identificadas por la doctrina. Finalmente, se describen detalladamente los procesos de designación de ministros del Tribunal Constitucional desarrollados entre 2022 y 2023, que han visibilizado las deficiencias y debilidades del sistema vigente, y los riesgos latentes en las modificaciones propuestas.

1. Introducción

Los sistemas de nombramiento son una pieza clave de la organización de la justicia constitucional. La forma de selección y designación de los jueces constitucionales impactará en la legitimidad de la justicia constitucional, en la experticia

1 Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Concepción. Magíster en Ciencias Jurídicas y Doctora en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora Asistente, Área de Derecho Público, Universidad Andres Bello, Sede Concepción Autop. Concepción - Talcahuano 7100, 4260000 Concepción, Bío Bío.Chile. ORCID https://orcid.org/0000-0002-6943-2595 tania.busch@unab.cl.

y conocimientos de sus magistrados, en su idoneidad democrática y en la independencia e imparcialidad con que deben realizar su labor. Todos objetivos institucionales necesarios para el adecuado funcionamiento de la jurisdicción constitucional. Existen diversos sistemas de nombramiento. Los jueces constitucionales pueden ser nombrados por el Parlamento, o pueden participar en su designación diversos órganos del Estado, sean o no de elección popular. También hay sistemas en que los jueces constitucionales son elegidos en votación popular. Los diseños pueden combinarse con un sistema de concurso público. Diversas opciones institucionales equilibran de un modo diferente los objetivos institucionales que perfilan al juez constitucional. Ninguno está exento de falencias y todos los sistemas importan riesgos que pueden debilitar la legitimidad de la jurisdicción constitucional.

Cualquiera sea la forma específica que tome el sistema de nombramientos en la Constitución, la práctica de los operadores que intervienen en las designaciones es clave para el buen funcionamiento de cualquier diseño. Es decir, que *en los hechos* los operadores del sistema ejerzan sus competencias de nombramiento de un modo diligente y prudente, orientando sus esfuerzos al fortalecimiento del órgano a cargo de la garantía de la supremacía constitucional, nombrando a las personas más competentes para ejercer la jurisdicción constitucional. La realidad no siempre está a la altura. La politicidad inherente al ejercicio de la justicia constitucional frecuentemente tensiona los nombramientos, y en ocasiones las designaciones resultan altamente controversiales. Así ha sucedido en sistemas tan distintos como la Corte Suprema norteamericana[2] y el Tribunal Constitucional español[3], por nombrar algunos casos conocidos. El problema no es ajeno tampoco a la realidad chilena.

La legitimidad del Tribunal Constitucional chileno (TCCh) dentro del sistema democrático ha sido puesta en cuestión. Además de la dificultad contramayoritaria que enfrenta cualquier control jurisdiccional de constitucionalidad en Chile se acentúa, puesto que se custodia la supremacía de una Constitución en crisis. El TCCh ha sido objeto de múltiples cuestionamientos, referidos tanto a su diseño institucional hipertrofiado y exento de controles externos, como por la interpretación extensiva del tribunal en cuanto a sus atribuciones, entre otros aspectos

2 Rogowski, Jon y Stone, Andrew, "How Political Contestation Over Judicial Nominations Polarizes Americans Attitudes Toward the Supreme Court", en British Journal of Political Science, Vol. 51 N°3, (Cambridge University Press), 2021, p. 1252.

3 Carmona, Ana, "Control parlamentario y designación de órganos constitucionales en España: teoría y práctica", en Revista de las Cortes Generales, N° 113, (Publicaciones del Congreso de los Diputados), 2022, p. 260.

que han acentuado la crítica de la politización de la justicia constitucional[4]. Entre los elementos que han contribuido a la erosión de su legitimidad se encuentra la práctica en torno al nombramiento de los ministros del Tribunal Constitucional (TC). Este problema se ha hecho más evidente durante el año 2023. Los procesos de selección y nombramiento desarrollados este año ilustran paradigmáticamente las dificultades del diseño institucional vigente y de su modo concreto de funcionamiento.

2. Tres diseños de sistema de selección y nombramiento para los ministros del Tribunal Constitucional

Desde la incorporación de la institución del TC al orden institucional chileno en 1970 hasta hoy hemos conocido tres diseños de sistema de selección y nombramiento, correspondientes a los tres tribunales constitucionales que pueden distinguirse en nuestra historia constitucional[5]. Los tres tribunales se distinguen por su integración, atribuciones y rol dentro del sistema institucional, elementos centrales de su configuración. Así, y pese a que el mismo TCCh tenga una autocomprensión de continuidad[6], se puede concluir que se trata de tribunales diferentes.

El primer TC se creó en 1970 durante el gobierno de Frei Montalva a través de una reforma de la Constitución de 1925. El objetivo de su incorporación al orden constitucional fue, en palabras de Silva Cimma, crear un órgano que tuviera por competencia resolver los conflictos de interpretación de la norma constitucional que se suscitaron el ejercicio de la actividad legislativa por parte de los dos poderes colegisladores, el Ejecutivo y el Congreso[7]. Este TC fue disuelto por la dictadura el año 1973, consecuencia de la autoatribución del ejercicio del poder constituyente por parte de la Junta Militar[8].

El tribunal se integró por cinco ministros, que duraban cuatro años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos. Los requisitos exigidos para ser juez constitucional

4 Ahumada, Paula, "El Tribunal Constitucional en Chile: tres ensayos de justicia constitucional", en Huneeus, Carlos y Avendaño, Octavio (Eds.), *El sistema político de Chile*, (Lom), 2018, pp. 379-410.

5 Couso, Javier, "Models of Democracy and Models of Constitutionalism: The Case of Chile's Constitutional Court, 1970-2010", en Texas Law Review, N° 89, 2011, p. 1517.

6 Esta autocompprensión de continuidad se advierte del modo en que la página web del TCCh explica la historia de la institución. Tribunalconstitucional.cl, Historia. Disponible en: https://www2.tribunalconstitucional.cl/integracion-actual/historia/

7 Silva, Enrique, "El Tribunal Constitucional de Chile 1971-1973", Segunda edición, en Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 38, (Tribunal Constitucional), 2008, p.50.

8 Decreto Ley N° 128 que aclara el sentido y alcance del artículo 1 del Decreto ley N° 1 de 1973.

variaban según el órgano que los designaba. El Presidente de la República tenía una influencia decisiva en la integración del órgano, nombrando tres ministros, con acuerdo del Senado. Para ser nombrado ministro por el Ejecutivo se requería un mínimo de doce años de ejercicio de la profesión y no tener impedimentos que inhabilitaran para ser designado juez. Al menos uno de los tres ministros nombrados por el Presidente debería, además, cumplir el requisito de haber sido durante diez años titular de una cátedra universitaria de Derecho Constitucional o Administrativo en alguna de las Escuelas de Derecho del país. Los dos ministros restantes se designaban por la Corte Suprema (CS) de entre sus miembros. Se elegían en una sola votación secreta y unipersonal, y resultaban proclamados quienes obtuvieran las dos más altas mayorías.

Este sistema de nombramiento buscaba acercar al ejercicio de la jurisdicción constitucional a personas que hubiesen ejercido el cargo de juez y destacándose en la actividad jurisdiccional, imbricando así institucionalmente al TC con la CS. Muestra de esto es que la Constitución disponía que oficiaría como secretario del TC quien ejerciera como tal en la CS. También se establecía expresamente la compatibilidad entre el cargo de ministro del TC y el cargo de abogado integrante de los tribunales superiores de justicia.

La Constitución de 1980 retomará la institución del TC, el que será diseñado como órgano de cierre de las múltiples instituciones contramayoritarias que buscaban garantizar la permanencia del proyecto constitucional autoritario.

El segundo TCCh, vigente entre 1980 hasta el año 2005, se integraba por siete ministros que duraban ocho años en sus cargos. Su sistema de designación mantenía la vinculación entre el TC y la CS y se caracterizaba por el déficit de legitimidad democrática de su sistema de integración. Sólo dos de los siete ministros se escogían por órganos electos. Tres ministros serían elegidos por la CS de entre sus miembros, por mayoría absoluta, en votaciones sucesivas y secretas. Un ministro sería un abogado designado por el Presidente de la República. Dos ministros serían abogados elegidos por el Consejo de Seguridad Nacional (COSENA). Un ministro sería un abogado elegido por el Senado, por mayoría absoluta de los senadores en ejercicio. Los ministros nombrados por el Presidente de la República, el COSENA y el Senado deberían cumplir con los requisitos de tener a lo menos quince años de título, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, y no tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez. Tratándose de las designaciones del Presidente de la República y del Senado, la designación debía recaer en personas que se desempeñaran o se hubiesen desempeñado como abogados integrantes de la CS por tres años consecutivos,

a lo menos. Este último requisito fortalecía todavía más los vínculos entre el ejercicio de la jurisdicción y el TC. Como han estudiado Verdugo y Pardow, durante más de dos décadas el TC funcionó bajo el diseño de la Constitución de 1980 con una integración predominante de ministros que provenían de la judicatura o tenían estrechos vínculos profesionales con la CS[9].

La doctrina criticaba la falta de legitimidad democrática de su integración, principalmente por la intervención del COSENA en el proceso de nombramientos. Previo a la reforma de 2005 que modificó su integración y atribuciones, el COSENA concretaba el tutelaje de las Fuerzas Armadas respecto del sistema democrático. Su intervención en la designación de los ministros del TC era una anomalía que, en palabras de Nogueira, "se entiende sólo en la lógica del régimen autoritario militar y su concepción de tutela militar sobre el sistema institucional apartándose de los criterios comúnmente seguidos por el constitucionalismo democrático."[10] También se criticó el rol de la CS en el sistema, puesto que designaba de entre sus miembros a tres ministros del TC. Se consideraba inadecuado que los supremos pudieran ser simultáneamente jueces constitucionales. Criticando este diseño Nogueira advertía su excepcionalidad, indicando que "Chile es el único caso, en el que pueden integrar el Tribunal Constitucional magistrados de Corte Suprema de Justicia, lo que no parece adecuado ni se permite en ningún otro Tribunal Constitucional latinoamericano"[11].

El año 2005 se aprobó la Ley 20.050, que introdujo la reforma constitucional más importante de la vigencia de la Constitución de 1980. Producto de un acuerdo transversal del sistema político, la reforma de 2005 buscaba superar el problema constitucional chileno. Aunque esto no se logró, las modificaciones democratizaron significativamente la parte orgánica de la Constitución, superando parte importante de los enclaves autoritarios que institucionalizaban la concepción de democracia tutelada del proyecto constitucional autoritario[12].

Uno de los aspectos más relevantes de la reforma fue el rediseño del sistema de justicia constitucional en Chile, configurando el tercer TCCh, vigente desde 2005

9 Pardow, Diego y Verdugo, Sergio, "El Tribunal Constitucional chileno y la reforma de 2005: Un enroque entre jueces de carrera y académicos", en Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Vol 28 N° 1, (Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2015, p. 125.

10 Nogueira, Humberto, "La independencia y responsabilidad del juez constitucional en el derecho constitucional comparado", en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, N°1, (Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional), 2004, p 70.

11 Nogueira, Humberto, Op. Cit., p 72.

12 Zúñiga, Francisco, "Vieja-Nueva Constitución", en Estudios Constitucionales, Vol. 5 N° 1, (Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2007, p. 351.

hasta hoy. El TC concentró el control de constitucionalidad preventivo y represivo, se fortalecieron sus atribuciones y se reconfiguró el sistema de integración de sus ministros. El nuevo diseño de designaciones -se pensó- aseguraría la legitimidad democrática de la justicia constitucional al aumentar la participación de los órganos electos. Asimismo, terminaba con la vinculación entre el ejercicio de la justicia constitucional y la jurisdicción en los tribunales superiores de justicia. La doctrina de la época entendió que la reforma venía a corregir estos problemas[13].

El TCCh se integra por diez ministros que duran nueve años en sus cargos y se renuevan por parcialidades cada tres. Los requisitos son idénticos para todos los ministros, independiente del órgano que efectúe su nombramiento. La Constitución exige contar con a lo menos 15 años de título de abogado, no tener impedimento alguno que inhabilite para desempeñar el cargo de juez, y haberse destacado en la actividad profesional universitaria o pública. Este requisito ha resultado complejo de calificar. Como se observa, la regulación constitucional considera equivalente la experiencia profesional, académica o política. El perfil de juez constitucional que delinean estas exigencias no valora las credenciales académicas como superiores, por lo que el conocimiento técnico en derecho público no tiene una posición destacada por sobre méritos como la sensibilidad política u otras consideraciones. Los requisitos son bastante laxos y la interpretación de qué significa haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública queda criterio exclusivo del órgano que designa. Si de hecho se designa como juez constitucional a una persona que no se haya destacado en los ámbitos señalados, esto no acarrea consecuencia jurídica alguna.

En la designación de los diez ministros intervienen los tres poderes del Estado, pero separadamente. Tres escoge el Presidente de la República, tres la CS y cuatro el Congreso Nacional. Cada poder designa a sus ministros sin intervención de los demás. De ahí que la observación de la práctica de los procesos de nombramiento adquiere características específicas según el órgano que designa, y su desempeño ha sido objeto de diversas valoraciones por parte de la comunidad jurídica y académica.

Los nombramientos que realiza el Ejecutivo no requieren la intervención de ningún otro órgano y se ejercen de manera discrecional. El ejercicio de esta atribución se ha caracterizado por la opacidad del procedimiento y se ha criticado el uso de esta atribución para nombrar a personas que han trabajado en el mismo gobierno que designa, pasando inmediatamente de integrar el órgano controlado a integrar al órgano controlador.

13 Gómez, Gastón, "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional. El nuevo Tribunal Constitucional chileno", en Zúñiga, Francisco (Coord.), *Reforma constitucional,* (Lexis Nexis), 2005, p. 657.

Los nombramientos que corresponden al legislativo se regulan de la forma siguiente. Dos son nombrados directamente por el Senado y dos son nombrados por el Senado previa propuesta de la Cámara de Diputados. Para estas designaciones se exige un quórum de dos tercios de los senadores o diputados en ejercicio, según corresponda. La exigencia de una supermayoría para la selección de los jueces constitucionales no ha devenido en una mayor deliberación sobre los postulantes y, consecuencialmente, el escoger a personas que gocen de reconocimiento transversal, como era su objetivo. Lo que ha sucedido en la práctica es un acuerdo de "reparto de los cupos" entre las fuerzas políticas, y el nombramiento de jueces constitucionales con compromisos y lealtades políticas claras, pero procurando un equilibrio que tienda al empate. Este fenómeno se ha conocido como la *binominalización* de las designaciones, y ha sido también objeto de crítica por la opacidad de los procesos de designación. Se suma que los nombramientos en sede parlamentaria han sido cuestionados por una interpretación excesivamente amplia del requisito de destacarse en la actividad profesional, universitaria o pública[14]. La ausencia de discusión pública sobre los nombramientos y el escaso interés de los medios sobre estos procesos habían implicado que la discusión o crítica en relación con el mérito -o ausencia de tal- de las personas nombradas se produjera de forma posterior a su designación[15]. Esta fue la práctica de los nombramientos ante el Congreso Nacional hasta el año 2022.

Finalmente, la CS elige tres ministros en una votación secreta que se celebra en sesión especialmente convocada al efecto. El auto acordado dictado en marzo de 2006 establece un sistema de concurso público de antecedentes para el nombramiento de los ministros titulares del TC por la CS. Las normas del auto acordado, que buscan transparentar el proceso de nombramiento, han sido complementadas por la CS disponiendo la publicación de los currículums de los candidatos en la elección que se realizó el año 2012, y la realización de audiencias públicas en las elecciones realizadas desde el año 2015 en adelante. Aunque con algún matiz, los nombres escogidos en los nombramientos realizados por la CS hasta ahora habían recaído en personas con una trayectoria académica comprobable y reconocida, conformando un perfil de nombramiento predominantemente académico[16]. Los

14 Solari, Enzo, "Una alternativa contra la hipertrofia de la justicia constitucional chilena" en Revista de Derecho del Estado, N° 35, 2015, p.106 .

15 Chía, Eduardo y Quezada, Flavio, "Rol del Estado, justicia constitucional y derechos fundamentales en el marco de una nueva Constitución" en Cifuentes, Javier, Pérez, Claudio y Rivera, Sebastián (Eds.), ¿Qué políticas públicas para Chile? Propuestas y Desafíos para mejorar nuestra democracia, (Centro de Estudios Públicos), 2017, p. 67.

16 Plataformaconstitucionalcep.cl, "25 propuestas para un Tribunal Constitucional del Siglo XXI", Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional, 2019. Disponible en: https://www.plataformaconstitucio-

esfuerzos por transparentar el proceso de designación y el perfil de ministros que ha nombrado le han valido a la CS la mejor valoración respecto del ejercicio de la atribución de efectuar nombramientos de jueces constitucionales. Esto llevó a alguna doctrina a postular que el máximo tribunal escogerá siempre con criterios técnicos y jurisdiccionales, en contraste con los criterios políticos que orientarían los nombramientos realizados por las ramas electas[17].

El sistema de nombramientos ha resultado un punto clave en las críticas que ha recibido el TCCh. El año 2019 un grupo transversal de académicos presentó el informe "25 propuestas para un Tribunal Constitucional del Siglo XXI" como un esfuerzo por converger en un diagnóstico y propuesta común que permitiera avanzar en una reforma al TC. El diagnóstico del Grupo de Estudio de Reforma al TC en relación al sistema de nombramientos apunta a la falta de transparencia y escrutinio público de los candidatos. Postulan que dotar de mayor transparencia al sistema aumentaría los costos de elegir candidatos débiles o de menores méritos. También identifican como debilidades del sistema la afectación a la legitimidad democrática que se produce por la participación de la Corte Suprema la designación de los ministros; la total discrecionalidad de las designaciones del Presidente de la República, los bajos estándares de transparencia y escrutinio público de los nombramientos del Congreso Nacional; la amplitud y ambigüedad de la regla de haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública y la discrecionalidad completa de la interpretación de esta norma que facilita el ingreso de figuras políticas partisanas al tribunal[18]. Este último elemento es relevante ya que se ha evidenciado que no siempre las designaciones recaen en personas con idoneidad técnica o conocimientos comprobables en materia constitucional.

3. Los nombramientos de los jueces constitucionales frente al problema constitucional chileno

La Constitución vigente ha sido objeto de ya tres procesos que han buscado dotar a Chile de una nueva Constitución, dos fallidos y uno en curso. Cada uno de estos procesos ha generado un proyecto de nueva Constitución, que han mantenido

nalcep.cl/wp-content/uploads/2022/11/grupo_estudio_reforma_al_tc_2019_25_propuestas_para_un_tc_del_siglo_xxi.pdf

17 Salem, Catalina, "¿Quién controla al Supremo intérprete de la Constitución? Una propuesta a partir de la integración del Tribunal Constitucional chileno", en Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae, Año IV Nº 2, (Universidad Finis Terrae), 2016, p.155.

18 Plataformaconstitucionalcep.cl, "25 propuestas para un Tribunal Constitucional del Siglo XXI", Grupo de Estudio de Reforma al Tribunal Constitucional, 2019. Disponible en: https://www.plataformaconstitucionalcep.cl/wp-content/uploads/2022/11/grupo_estudio_reforma_al_tc_2019_25_propuestas_para_un_tc_del_siglo_xxi.pdf

parte de las instituciones vigentes en la Constitución de 1980, al tiempo que en otras instituciones se innova. Aunque el grado de innovación o conservación de las instituciones es diferente en cada uno de los proyectos, es posible identificar materias en que todos los textos han buscado hacer cambios. Esto permite identificar que se trata de instituciones respecto de las cuales existe un diagnóstico compartido de deficiencias o dificultades que han de ser superadas. Este es el caso del sistema de selección y nombramiento de jueces constitucionales. Todos los proyectos buscan innovar en esta materia, que transversalmente se identifica como problemática e insuficiente.

Resulta llamativo que a pesar de lo asentado del diagnóstico respecto de los problemas del TC y la necesidad de su modificación en pos del fortalecimiento de la justicia constitucional, los proyectos de nueva Constitución no han sido innovadores en la materia. En los tres procesos se ha mantenido inalterada la estructura de un tribunal o corte concentrada y así como también se mantienen la mayor parte de sus atribuciones. Las modificaciones se concentran en el control preventivo de constitucionalidad y la forma de integración. Este ánimo conservador hace todavía más llamativo que se busque enfrentar el problema de politización y la erosionada legitimidad del TCCh a través de la modificación en el sistema de selección y nombramiento.

3.1 El sistema de selección y nombramiento en el proyecto constitucional de Michelle Bachelet

El proyecto constitucional 2018[19], resultado del proceso constituyente iniciado el año 2015 por la presidenta Michelle Bachelet, fue presentado como un mensaje presidencial al Congreso Nacional[20] al finalizar su segundo gobierno. En materia de sistema de selección y nombramiento de ministros del TC, este proyecto mantenía el número de ministros, su duración en el cargo y los requisitos de acceso al cargo de la Constitución de 1980. El TC estaría integrado por 10 ministros que durarían nueve años en sus cargos y se renovarían por parcialidades cada tres. Deberían tener a lo menos quince años de título de abogado, haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública, y no podrían tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez.

19 Bcn.cl, Propuesta de Constitución 2018. Disponible en: https://www.bcn.cl/historia-de-la-constitucion/historia-constitucion/14

20 Bcn.cl, Boletín N° 11.617-07, Proyecto de reforma constitucional, iniciado en mensaje de S.E. la Presidenta de la República, para modificar la Constitución Política de la República. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/76296/1/Mensaje%20Pdta.Bachelet.pdf

La innovación del proyecto consistía en un cambio sustancial en el sistema de designación de los ministros. Estos se nombrarían con la participación de los tres poderes del Estado de forma colaborativa, otorgándo el rol principal en el sistema a la CS. Esta debería convocar a un concurso público para formar una terna que se elevaría al Presidente de la República, quien propondría a uno de los integrantes de dicha terna a las dos Cámaras del Congreso Nacional. Cada una de las dos Cámaras debería dar su conformidad al candidato por una supermayoría de los dos tercios de sus miembros en ejercicio. La propuesta establecía audiencias públicas de nombramiento ante las cámaras. Previo a la votación de la propuesta, el candidato debería formular una exposición de su postulación al cargo respectivo en una sesión especial y pública. Aprobada la nominación del Ejecutivo por las cámaras, el Presidente de la República designaría al elegido nombrándolo como Ministro del TC.

3.2 El sistema de selección y nombramiento en el proyecto de nueva Constitución de 2022

El proyecto de Constitución de 2022 consideraba modificaciones institucionales estructurales muy significativas en diversas materias, caracterizándose por una vocación innovadora, al punto de ser criticado por algunos como "refundacional".

Paradójicamente, y pese a que el TCCh pasaba por una importante crisis institucional existieron propuestas que buscaban su total eliminación, la Convención Constitucional presentó una propuesta de jurisdicción constitucional bastante conservadora. Aunque se cambiaba su denominación a Corte Constitucional (CC), lo cierto es que mantenía la estructura y los aspectos más relevantes del TC de la Constitución de 1980, innovando sólo en algunos aspectos que buscaban hacer frente a las críticas en las que se había llegado a cierto consenso doctrinario en los último años. Los cambios más importantes se referían a la eliminación del control preventivo y a la constitucionalización de principios de interpretación constitucional que buscaban fomentar la autorrestricción judicial. Pero en términos generales la propuesta mantuvo lo existente.

Uno de los aspectos en que la propuesta sí innovó fue el sistema de integración y nombramiento de los jueces constitucionales. La integración de la CC elevaba a once los jueces y juezas constitucionales. Estos durarían nueve años en sus cargos y se renovarían por parcialidades cada tres años. Se establecía expresamente que su designación debería efectuarse sobre la base de criterios técnicos y de mérito profesional. Con este objetivo se modificaban los requisitos de acceso al cargo, estableciéndose que los postulantes a jueces o juezas constitucionales deberían

cumplir ser abogadas o abogados con más de quince años de ejercicio profesional, con reconocida y comprobada competencia e idoneidad profesional o académica y, preferentemente, de distintas especialidades del derecho. En este punto radica la innovación más importante. La comprobada competencia e idoneidad profesional o académica y la referencia a los criterios técnicos y mérito profesional significaba la exclusión de la referencia a la actividad pública como una forma de evitar que la justicia constitucional se integre por personas provenientes de la política.

En cuanto a los órganos que efectúan las designaciones, se mantenía un sistema en que participaban las diversas ramas del Estado, con un sistema de reparto y no colaborativo. Es decir, cada órgano nombraba de forma autónoma, sin participación de los demás e interpretaba a su criterio el cumplimiento de los requisitos, manteniendo la estructura del sistema en la Constitución de 1980. El poder legislativo escogía cuatro jueces constitucionales en sesión conjunta del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio. El Ejecutivo participaba designando tres integrantes elegidos por la Presidenta o el Presidente de la República. Y el Consejo de la Justicia escogía cuatro integrantes a partir de concursos públicos. Se permitía la designación de jueces integrantes del Sistema Nacional de Justicia, los que quedarían suspendidos de sus cargos judiciales de origen en tanto se extienda su función en la Corte Constitucional.

Curiosamente, aunque la Convención Constitucional estuvo preocupada de reforzar la legitimidad democrática de la justicia constitucional y alejarla de la política contingente, la propuesta final no contempló audiencias públicas ni otros mecanismos de control ciudadano durante el proceso de nombramientos de los jueces y juezas constitucionales.

3.3 El sistema de selección y nombramiento en el proceso constitucional de 2023

El diseño del proceso constitucional 2023 implicó la participación de dos órganos en la elaboración del proyecto de nueva Constitución. La Comisión Experta elaboró un anteproyecto de nueva Constitución el que luego fue discutido y modificado por el Consejo Constitucional, dando lugar al proyecto que se plebiscita el 17 de diciembre de 2023.

La propuesta contemplada en el anteproyecto presentado por la Comisión Experta modificaba el sistema de integración y nombramiento en un sentido similar al del proyecto de 2018, entregando un rol preponderante a la CS. Este propone la creación de una CC integrada por nueve miembros Los integrantes

de la CC durarían nueve años en sus cargos y se renovarán por parcialidades a razón de uno cada año. Esta diferencia en la forma de renovación, que la vuelve necesariamente un proceso de designación unipersonal, es una novedad en relación con las propuestas anteriores. La renovación a razón de un ministro por año busca evitar la negociación de cupos y la paralización en las designaciones que se ha producido durante el año 2023 y que trataré más adelante.

En cuanto a los requisitos para postular a ministro de la CC, el anteproyecto exigía tener a lo menos quince años de título de abogado y contar con reconocida y comprobada competencia e idoneidad profesional o académica en el ámbito de sus funciones, no tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. Como se observa, el anteproyecto también excluye de la justicia constitucional a quienes se hayan destacado en la actividad pública, acogiendo la innovación proveniente del proyecto de Constitución de 2022.

En cuanto al sistema de nombramiento, este se diseña otorgando a la CS un rol predominante. Previo concurso público de antecedentes la CS debía confeccionar una quina debidamente fundada, en sesión especialmente convocada para tal efecto y en una única votación. Se le entrega así el monopolio de la decisión de quiénes pueden optar a ser jueces constitucionales, y con esto se transforma en el órgano que domina el momento más relevante del sistema de designación. La quina debe ser enviada al Presidente de la República, el que confeccionará una nómina de dos candidatos para ser presentada al Senado. La Cámara Alta, previa audiencia pública de antecedentes, deberá escoger a un candidato del binomio propuesto, por los tres quintos de sus integrantes en ejercicio. En caso de que ninguno de los candidatos reúnan en el Senado el quórum señalado, la CS deberá completar la quina con dos nuevos nombres, dando inicio a un nuevo proceso. Si por segunda vez ningún candidato reúne el quórum en el Senado, la CS procederá a realizar un sorteo entre los cuatro candidatos que hayan sido propuestos en binomios por el Presidente de la República.

Asimismo, el proyecto dispone que el proceso de designación deberá iniciarse noventa días antes que el titular en ejercicio a ser reemplazado cese en el cargo. Esta innovación, junto a la uninominalidad del proceso de nombramiento, tienen por objeto evitar la paralización de los nombramientos y vacancias prolongadas de los cargos de ministro, problema que se ha presentado especialmente durante los años 2022 y 2023.

El Consejo Constitucional modificó la propuesta del anteproyecto de la Comisión Experta. Es así como la propuesta de proyecto de nueva Constitución

de 2023 en materia de sistema de selección y nombramientos de jueces constitucionales quedó de la forma siguiente.

El proyecto retorna a la denominación de TC. Este se integrará por once miembros, que deberán cumplir los requisitos de tener a lo menos quince años de título de abogado y contar con reconocida y comprobada competencia e idoneidad profesional o académica en el ámbito de sus funciones, no tener impedimento alguno que los inhabilite para desempeñar el cargo de juez y poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio. En este sentido se mantiene lo dispuesto en el anteproyecto.

Los ministros del TC se designarán por un sistema en que participan los tres poderes del Estado en un sistema colaborativo que otorga el rol principal a la CS. Esta debe, previo concurso público de antecedentes, confeccionar una quina debidamente fundada, en sesión especialmente convocada para tal efecto y en una única votación. El Presidente de la República, a partir de la recepción de la quina propuesta por la Suprema, tendrá treinta días para confeccionar y remitir al Senado una nómina de dos candidatos. No se establece cuál es la consecuencia de no cumplir con el plazo señalado.

El Senado, previa audiencia pública de antecedentes, tendrá un plazo de treinta días para escoger al candidato del binomio propuesto, por los tres quintos de sus integrantes en ejercicio. Si el Senado no se pronunciara dentro de dicho plazo, el asunto se pondrá en votación por el solo ministerio de la Constitución en la sesión de sala más próxima.

En caso de que ninguno de los candidatos reúnan en el Senado el quórum señalado, dentro de treinta días la CS deberá completar la quina con dos nuevos nombres, dando inicio a un nuevo proceso. No se establece cuál es la consecuencia de no cumplir con el plazo señalado.

Si por segunda vez ningún candidato reúne el quórum en el Senado, la CS procederá a realizar un sorteo entre los cuatro candidatos que hayan sido propuestos en binomios por el Presidente de la República.

El proceso de designación deberá iniciarse noventa días antes que el titular en ejercicio a ser reemplazado cese en el cargo.

Como se observa, el problema de la paralización de las designaciones y las vacancias prolongadas influenció de forma importante el diseño del sistema de nombramiento propuesto por el texto a plebiscitar el 2023. Este incorporó modificaciones cuyo objetivo es evitar la negociación de nombramientos en bloques y reducir significativamente los tiempos de los procesos de designación, generando mecanismos para forzar la decisión en caso de falta de acuerdos en los procesos de designación.

4. El nombramiento de jueces constitucionales durante el año 2023

Las dificultades en los procesos de nombramiento de jueces constitucionales no son una novedad, sin embargo, en los últimos tiempos el sistema de nombramiento y designaciones ha alcanzado un punto crítico. Entre 2022 y lo que va del 2023, tres ministros del TC han cesado en sus cargos y se han iniciado procesos de designación de nuevos jueces constitucionales. En marzo de 2022 dos ministros nombrados por el Senado a propuesta de la Cámara de Diputados cesaron en el cargo por el cumplimiento del período. A la fecha en que se escribe este trabajo[21] el Congreso Nacional no ha logrado acuerdos para realizar los nombramientos correspondientes. A esto se suma que en junio de 2023 murió sorpresivamente un ministro nombrado por la CS, lo que implicó la apertura de un imprevisto proceso de designación. El modo en que se han desarrollado estos procesos devela las dificultades del sistema, y ha puesto en evidencia la erosión del prestigio del cargo de ministro del TC.

4.1 Los nombramientos pendientes del Congreso Nacional

Como se adelantó, una de las características problemáticas de los nombramientos en sede legislativa es el número par de las designaciones que corresponde a cada cámara. Esto ha generado la práctica del nombramiento por parejas, en una sola votación. Esta circunstancia, sumada a la exigencia de un quórum supramayoritario para la designación, conforma un contexto institucional que favorece el reparto de los cargos a designar entre los bloques políticos. Esta institución informal, que determina que los nombramientos sean fruto de una negociación y acuerdo político, no ha aumentado la deliberación sobre el mérito de los candidatos y los perfiles técnicos. Por el contrario, ha favorecido la opacidad de los procesos y la selección de perfiles más inclinados hacia la actividad pública en la esfera política, que a la experiencia profesional o universitaria.

En marzo de 2022 cesaron en sus cargos los ministros Juan José Romero y Gonzalo García Pino, ambos nombrados en marzo de 2013 por el Senado a propuesta de la Cámara de Diputados. Los dos contaban con reconocidas trayectorias académicas y experiencia profesional y pública, de suerte que su designación no generó cuestionamientos. El periodo por el que fueron designados terminó el 18 de marzo de 2022, por lo que correspondía a la Cámara de Diputados iniciar un nuevo proceso de selección y nombramiento para su reemplazo.

21 Noviembre de 2023.

A esto se suma que en enero de 2024 cesarán en sus cargos los ministros Nelson Pozo y Cristián Letelier, nombrados en enero de 2015 por el Senado. Estas designaciones sí generaron cuestionamientos en su oportunidad. Los dos ministros nombrados no tenían una trayectoria ligada al derecho constitucional, y su proceso de designación se caracterizó por la opacidad[22]. Esto generó que desde la prensa y los medios jurídicos especializados se cuestionaran las trayectorias de los elegidos[23].

Desde marzo de 2022 hasta ahora, el Congreso ha intentado infructuosamente designar a los reemplazantes de los ministros Romero y García. Los primeros nombres que se plantearon correspondían a personas que cumplían con el requisito de haberse destacado en la vida pública, pero sin trayectoria académica ni conocimiento o experiencia especializada en derecho constitucional. Se trataba de dos exdiputados que habían perdido la elección y estaban por salir del Congreso, que se identificaban con los mismos sectores políticos asociados a los ministros salientes. Aunque la cuestión se puso en tabla para ser discutida por la Cámara, los nombres fueron retirados al trascender que no concitaron acuerdo suficiente. Se cuestionó la nominación, interpretándose como una compensación frente a una derrota electoral[24].

Ante las críticas, el nombre del exdiputado Silver fue reemplazado por el de la académica Alejandra Pretch. Los diputados de derecha mantuvieron el nombre del exdiputado Fuenzalida. Así se presentó al Senado el oficio de la Cámara de Diputados, en el que solicitaba el acuerdo para nombrar como ministros del TC, a Alejandra Precht Rorris y a Gonzalo Fuenzalida Figueroa. El nombre de Precht no recibió cuestionamientos. Pero Fuenzalida fue votado en contra por su propio sector fundados en la ausencia de antecedentes académicos o publicaciones[25]. La propuesta fue desechada por no contar con los votos de los dos tercios de los

22 Ciperchile.cl, Designación de dos nuevos ministros del TC: la cocina constitucional, 12 de enero de 2015.

23 Elmostrador.cl, Más cuestionamientos sobre Cristián Letelier nuevo ministro del TC: defendió a agentes de la dictadura, 14 enero de 2015.
Elmostrador.cl, El controvertido perfil de Cristián Letelier, el integrante del TC que incomoda a la Fiscalía, 20 de marzo de 2015.
ElMercurioLegal.cl, Tribunal Constitucional no podría impedir que asuma un nuevo ministro, 12 de enero de 2015.
ElLíbero.cl, Acerca de los nombramientos recientes en el Tribunal Constitucional, 13 de enero de 2015.

24 Se trataba de los ex diputados Gabriel Silver y Gonzalo Fuenzalida. ElMostrador. cl, Cámara aplaza nombramientos de nuevos miembros del TC: los candidatos no cuentan con el apoyo suficiente, 7 de marzo de 2022.

25 LaTercera.com, Senado rechaza designación de Gonzalo Fuenzalida (RN) y Alejandra Precht (DC) para integrar el Tribunal Constitucional, 28 de junio de 2022.

senadores en ejercicio que se requerían[26]. Ambos nombramientos fallaron, producto de la institución informal de votar las designaciones en conjunto.

En noviembre de 2022 la Cámara de Diputados aprobó una nueva propuesta, ahora con dos nombres de trayectoria académica. Mantuvo la propuesta de Precht a la que sumó al profesor de derecho constitucional Manuel Núñez, quien además es suplente de ministro en el mismo TC. Un nombre que no podría ser cuestionado por falta de credenciales o mérito académico. Pero tampoco en esta ocasión el Senado ratificó la propuesta[27], que había sido negociada en bloque en conjunto con el nombramiento de otros órganos. El acuerdo no logró el quórum necesario y fue rechazado.

En marzo de 2023 la Cámara de Diputados volvió a intentar nombrar a Precht y a Nuñez. Envió su propuesta al Senado, y los postulantes fueron oídos en la Comisión de Constitución en audiencia pública en abril de 2023. Nuevamente hubo un traspié. Núñez recibió cuestionamientos del mismo bloque que lo propuso, atendidos ya no a las credenciales académicas, sino por sus votaciones previas como ministro suplente en el TC[28]. No se contó con los votos necesarios para alcanzar el quórum y las designaciones fueron rechazadas[29].

Prontos a cerrar el año 2023, los cargos de ministros del TC continúan vacantes. Si bien hasta ahora el tribunal ha continuado funcionando con la integración de suplentes de ministros, si a la fecha en que cese el periodo de los ministros Pozo y Letelier no se logra acuerdo, el órgano podría verse en dificultades para sesionar adecuadamente[30].

Cualquier diseño requiere para su buen funcionamiento de un ejercicio honesto y leal de las competencias que entrega la Constitución. En este caso, esto significa que los parlamentarios voten con el objetivo de designar un juez constitucional que cumpla de la mejor forma posible con los requisitos que la Constitución

26 ExAnte.cl, Qué hay detrás de la caída de Gonzalo Fuenzalida como juez del TC y por qué arrastró a Alejandra Precht, 28 de junio de 2022.

27 LaTercera.com, Se enreda acuerdo en el Senado: fallidas nominaciones para el TC y Defensoría de la Niñez ponen en riesgo nueva designación a la Suprema, 20 de junio de 2023.

28 NuevoPoder.cl, Cámara aprueba nominación de Manuel Nuñez y Alejandra Precht como ministros del TC, 23 de marzo de 2023.
El Mercurio, Avanza dupla de candidatos a ministros del TC en el Senado, 13 de abril de 2023.

29 ElMostrador.cl, Senado rechaza nominaciones para ministros del TC: fueron promovidos por la oposición, 20 de junio de 2023.

30 Conforme al artículo 30 de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional el quórum para sesionar en pleno será de, a lo menos, ocho miembros, y para sesionar en sala será de a lo menos, cuatro. De no lograrse los nombramientos bastaría la ausencia de un ministro o suplente de ministro para poner en peligro el normal funcionamiento del tribunal.

establece. Aunque la jurisdicción constitucional tiene siempre un componente político, requiere jueces que oficien como tales. Priorizar otras consideraciones y no privilegiar este objetivo como criterio principal para decidir los nombramientos degrada la dignidad del cargo de juez constitucional, refuerza las críticas a la justicia constitucional y erosiona el prestigio del TCCh.

4.2 El proceso de nombramiento ante la CS

El 2023 trajo consigo otra situación digna de comentario en materia de nombramientos. En junio de 2023 murió sorpresivamente el ministro Rodrigo Pica Flores, quien había sido designado el año 2021 por la CS para ejercer el cargo por nueve años. La noticia consternó al mundo académico y judicial. El prestigio de Pica era transversalmente reconocido, no sólo por su conocimiento y publicaciones en materia de Derecho Procesal Constitucional, sino que además conocía como nadie el oficio de juez constitucional. Había hecho toda su carrera en el TC, desde abogado asistente, relator, secretario y finalmente ministro.

La práctica desarrollada en materia de nombramientos por la CS permite afirmar que los ministros escogidos se caracterizaron por su perfil académico y de una trayectoria reconocida. Así lo afirmaba tajantemente el entonces supremo Milton Juica quien a nombre de la CS afirmaba "Nuestra designación es absolutamente técnica y tratamos de elegir a verdaderos profesores de derecho constitucional»[31] diferenciando los criterios de nombramiento de la CS de los efectuados en sede legislativa.

En julio de 2023 la Corte abrió concurso público para proveer el cargo. Se presentaron nueve postulantes entre los que se se contaban personas con reconocida experiencia en materia de derecho constitucional y/o administrativo, con estudios de postgrado y doctorado e incluso con experiencia en el mismo tribunal[32]. El 30 de agosto se oyeron a los postulantes en audiencias públicas y se procedió a la votación. El escogido por los supremos fue Raúl Mera Muñoz, postulante de un perfil diferente a los anteriores ministros designados por la CS. Los antecedentes que publica su hoja de vida en la página del TC describen una trayectoria destacada vinculada al ejercicio de la judicatura dentro del Poder Judicial, pero no experiencia profesional o académica especializada en derecho público[33]. Este

31 LaTercera.com, Presidente (s) Corte Suprema: "Cada institución se hace responsable de la gente que manda al TC", 12 de enero de 2015.

32 Pjud.cl, Corte Suprema convoca a audiencia para escuchar a postulantes al cargo de ministro del Tribunal Constitucional, 11 de agosto de 2023.

33 TribunalConstitucional.cl, Ministro Raúl Mera Muñoz . Disponible en: https://www2.tribunalconstitucional.cl/integracion-actual/

nombramiento marca un punto de inflexión en la práctica de los nombramientos de la CS en diversos sentidos.

Es un punto de inflexión en cuanto importa un cambio de interpretación respecto del artículo 93 de la Constitución. La interpretación que se había hecho de la reforma de 2005 hasta este momento entendía que el requisito de haberse destacado en la actividad profesional, universitaria o pública no incluía a la actividad jurisdiccional. Aunque no había exclusión expresa, la historia de la reforma apoyaba esta interpretación. La reconfiguración del TC en 2005 buscaba terminar con la vinculación entre este y la CS. Comentando la reforma Gastón Gomez afirmaba que esta venía a terminar con los "cupos" que la CS tenía en el TC, para dar paso al nombramiento de integrantes que fueran "juristas de reconocida visión y capacidad jurídicas que ejerciten las virtudes de la prudencia política" y corregía la integración marcadamente judicial[34]. Así se entendió generalizadamente entre 2005 y 2023, años en que todas las personas designadas por la CS al TC fueron personas que no formaban parte de la judicatura. De ahí la sorpresa que generó el giro hermenéutico, que ahora comprendió a la actividad jurisdiccional dentro del requisito de haberse destacado en la vida profesional, universitaria o pública.

La elección también plantea inquietudes en relación con la valoración del cargo de ministros del TC, y lo que puede implicar su obtención luego de frustrarse otras designaciones. El año 2020 el ministro Mera había sido presentado por el Ejecutivo al Senado para ser nombrado ministro de la CS, pero no obtuvo los votos necesarios[35]. Esta cuestión, sumada al cambio de interpretación del requisito del artículo 93 al menos contrastan con lo afirmado el 2015 por Juica. La propia Constitución establece que la votación será secreta y los antecedentes que motivaron el cambio no se conocerán, pero sí es posible afirmar que se ha abandonado el criterio de escoger a "verdaderos profesores de derecho constitucional".

Esto último es muy relevante, pues contradice la idea que subyace al modelo de designación propuesto en el proyecto constitucional de 2023. Este fue construido sobre el supuesto teórico de que los criterios que utiliza la CS para la selección son exclusivamente técnicos y de trayectoria académica. Desde luego, es posible que haya buenas razones para preferir otros méritos, como ser avezado en el oficio jurisdiccional o la prudencia política. Pero el diseño del sistema que otorga un rol preponderante a la CS en la selección de los posibles ministros del TC tenía como objetivo que lo técnico fuera el elemento inicial y preponderante del sistema, para

34 Gómez, Gastón, Op.Cit., p.656.

35 Senado.cl, Nombramiento de juez Mera a la Corte Suprema no prosperó en Sala, 5 de agosto de 2020.

que luego apareciera la consideración de elementos de prudencia o sensibilidad política con la intervención del Presidente de la República y el Senado. Así, el inesperado proceso de designación por parte de la CS producido a mediados del 2023 entrega algunas advertencias de los cambios que pueden advertirse en materia de perfil de juez constitucional de aprobarse la propuesta de nueva Constitución de 2023.

5. Conclusiones

La politización es un riesgo siempre presente en cualquier órgano que ejerza jurisdicción constitucional. Este punto se ha levantado como crítica al TCCh y el sistema de selección y nombramiento de sus ministros, que ha constituido uno de los aspectos del sistema que agrava este riesgo. De ahí que la cuestión se haya abordado por todos los proyectos de nueva constitución que se han presentado durante los sucesivos procesos que han intentado enfrentar el problema constitucional chileno.

Los procesos de nombramiento de ministros del TC desarrollados entre los años 2022 y lo que va de 2023 han ilustrado con claridad las falencias del sistema de designaciones vigente. La cuestión no se ha logrado resolver y hoy la paralización de las designaciones amenaza con poner en riesgo el funcionamiento del TC.

Lo observado en esta materia en los últimos tiempos marcó la discusión y decisiones del diseño del sistema de designación en el proceso constitucional 2023, que buscó formas de conjurar las dificultades que se han expresado en los procesos de nombramiento, especialmente las producidas en sede parlamentaria. Pero también los procesos de designación revisados muestran algunas alertas sobre cómo podrían operar los nombramientos de jueces constitucionales de aprobarse el proyecto de Constitución 2023.

Ad portas de un plebiscito de resultado incierto, no es posible saber cuál será el sistema de selección y nombramiento de los próximos jueces constitucionales chilenos. No obstante, sí es posible afirmar que, sea cual sea el resultado, es una tarea pendiente lograr una práctica de nombramientos que fortalezca el prestigio de nuestros jueces constitucionales. Una condición necesaria para una adecuada garantía de la supremacía constitucional.

LAS GARANTÍAS DEL (IN)EXISTENTE DERECHO AL OLVIDO DIGITAL EN CHILE. REFLEXIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY DE REFORMA A LA LEY N° 19.628

Leonardo Ortiz Mesías[1]

Resumen

El derecho al olvido digital es una figura controvertida en Chile y en el derecho comparado. Los debates parten de la base de situarlo como un derecho fundamental y suelen girar en torno a su posible –o no– reconocimiento en el sistema jurídico. En otro plano, el debate se centra en los criterios de procedencia frente a colisión con otros derechos, principalmente con las libertades de expresión y de información.

Este trabajo, siguiendo un enfoque de teoría de derechos fundamentales, abordará un plano de discusión poco explorado en nuestro medio: las garantías de un (pretendido) derecho al olvido digital en Chile. Pese a (y a causa de) la falta de claridad dogmática respecto a los elementos que configuran a este pretendido derecho fundamental, la práctica constitucional chilena ha solido encausar estos casos a través de la acción de protección. Sin embargo, la tramitación del actual proyecto de ley que reforma la ley Nº 19.628 sobre protección de datos personales, supondrá la adopción de un nuevo esquema regulatorio en estos temas, riñendo posiblemente, la práctica hasta entonces mantenida, al renovar la acción de hábeas data, hoy en desuso. Esbozaré algunas reflexiones de *lege ferenda* y sostendré que una posible superposición de modelos de garantía podría generar inconvenientes de litigación al existir concurrencia de acciones; así como la adopción de criterios dogmáticos y jurisprudenciales contradictorios en la configuración del contenido del derecho.

1 Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales. leonardo.ortiz@mail.udp.cl

1. Introducción

El derecho al olvido digital es una figura controvertida en Chile y en el derecho comparado. En Chile los debates parten de la base de situarlo como un derecho fundamental. En este sentido, existe relativo consenso en conceptualizarlo como aquella facultad que tiene toda persona de solicitar a los motores de búsqueda o servidores web en internet la "desindexación" o eliminación de cierto contenido que le concierne y que le genera perjuicio, por ser información inexacta o desactualizada.

En consecuencia, con motivo de este trabajo no se abordarán otras formas de regulación que han sido catalogadas como "derecho al olvido", y que están vinculadas a mecanismos análogos que permiten a los individuos eliminar ciertos antecedentes que impiden su reinserción en la sociedad, como la eliminación de antecedentes penales o comerciales, lo que ha tenido recepción normativa en nuestro sistema jurídico desde hace varias décadas.

Desorden es lo que caracteriza a la literatura y jurisprudencia nacional al analizar dogmáticamente esta controversial figura, tendiendo a enfocarse desde una óptica estricta de la disciplina de protección de datos personales, y desconociendo a conveniencia los fundamentos sobre derechos fundamentales en los cuáles pretende situarse. Así, los debates sobre esta figura en nuestro país se sitúan regularmente en al menos dos planos. En un primer plano se debate sobre su reconocimiento –o inexistencia– en nuestro sistema jurídico y, en este caso, si se trata o no de un derecho fundamental implícito en la Constitución. También se debate en este plano cuál sería su adscripción típica iusfundamental, es decir, respecto de qué derecho fundamental establecido expresamente en la Constitución puede derivarse su reconocimiento como derecho implícito. En otro plano, el debate se centra en los criterios de procedencia frente a colisión con otros derechos, principalmente con las libertades de expresión y de información.

Ninguno de estos aspectos será abordado en este trabajo, sino que me enfocaré en un plano de discusión poco explorado sobre este tema: las garantías del (pretendido) derecho al olvido digital. Entenderé por "garantía", lo que Robert Alexy denomina "derechos de protección", esto es, los medios o mecanismos que el ordenamiento jurídico otorga al titular del derecho fundamental frente al Estado para que éste lo proteja de intervenciones de terceros[2]. Este tipo de garantías pueden ser de carácter jurisdiccional, administrativo o de otra índole.

2 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2da. Edición, 2017, p. 398.

Lo cierto es que pese a (y a causa de) la falta de claridad en su determinación dogmática, la práctica constitucional chilena ha solido encausar los casos sobre derecho al olvido digital –en términos de garantía– a través de la acción de protección. En efecto, tal como he sostenido en otro lado, esta garantía jurisdiccional permite, pese a sus debilidades de diseño, ponderar los derechos fundamentales en colisión en atención a las circunstancias del caso concreto, con miras a determinar qué derecho ha de ser preferido y cautelado en desmedro del otro. De otro lado, se trata de una vía jurisdiccional que goza de las condiciones necesarias para garantizar la imparcialidad con ocasión del conocimiento de estos casos, ofreciendo, además, flexibilidad en las soluciones que la Corte puede adoptar, las que no necesariamente han de tener relación con una decisión binaria de ordenar o rechazar la cancelación o desindexación de información solicitada, permitiendo una genuina ponderación de derechos[3].

Sin embargo, en este ámbito, se plantean diversos desafíos con motivo de la tramitación del actual proyecto de ley que reforma la ley Nº 19.628 sobre protección de datos personales (Boletín N°11.144-07) y que actualiza sus categorías, procedimientos e instituye una Agencia de Protección de Datos Personales como órgano autónomo y técnico, cuyo rol será el de garantizar el cumplimiento de sus disposiciones. Entre los elementos previstos por el proyecto de ley, se regula un nuevo modelo de hábeas data: uno extrajudicial ante el responsable de datos; otro de carácter administrativo ante la Agencia; y un reclamo de ilegalidad contra la resolución de la Agencia.

La implementación de esta regulación supondría, por un lado, una oportunidad para reencausar los temas vinculados al derecho al olvido digital mediante la adscripción al derecho de protección de datos personales, con las soluciones y problemas dogmáticos que aquello supondría; pero, por otro lado, la litigación podría verse inducida torpemente a elegir entre foros más o menos convenientes debido a la superposición de los modelos de garantía; lo que, en consecuencia, podría propender a criterios dogmáticos y jurisprudenciales contradictorios en la configuración de un pretendido derecho al olvido digital.

Este trabajo se dividirá en cuatro partes. Primero describiré el escenario actual del debate sobre el (in)existente derecho al olvido digital en Chile. Luego, describiré el modelo de garantías vigente respecto de este pretendido derecho. En particular, analizaré brevemente la acción de protección como amparo general

3 Ortiz, Leonardo y Viollier, Pablo, "Repensando el derecho al olvido y la necesidad de su consagración legal en Chile", en Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 10, Nº 1, (Centro de Estudios en Derecho Informativo, Universidad de Chile), 2021, p. 98.

de derechos fundamentales y la acción de hábeas data como garantía especial del derecho de protección de datos personales, contenido en la versión actual de la ley N° 19.628. En tercer lugar, analizaré en términos de *lege ferenda*, el impacto que podría tener en la (re)configuración del derecho al olvido digital en Chile la adopción de algunos posibles cambios regulatorios relevantes en este ámbito, particularmente, las modificaciones que se debaten actualmente respecto del proyecto de ley que reforma la ley Nº 19.628; principalmente, mediante la introducción de un procedimiento administrativo de tutela del derecho de protección de datos personales o hábeas data. Finalmente, ofreceré algunas conclusiones iniciales que podrían ilustrar los futuros debates que impactan en la configuración dogmática de un derecho al olvido digital en Chile a partir de los posibles cambios regulatorios en la materia.

2. El derecho al olvido digital "a la chilena"

El derecho al olvido digital "a la europea" emerge con motivo de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del año 2014 en el caso *Google Spain SL, Google Inc v. Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González* (caso Costeja), la que estableció como precedente la responsabilidad de Google y otros motores de búsqueda respecto de las bases de datos que administran y, en consecuencia, determinó que toda persona tiene derecho a solicitar la eliminación de sus datos –generalmente, sus nombres u otros datos que los identifique– de los motores de búsqueda –o de los servidores autores del contenido–, cuando estos puedan estar asociados a información que desean "olvidar" por haber transcurrido un tiempo razonable desde los hechos y así, reinsertarse en sociedad, por distintos motivos o razones. En concreto, y tal como fue señalado, la versión europea del derecho al olvido se traduce en el mero ejercicio del derecho de cancelación de datos personales por parte de su titular.

Este precedente ha generado importantes y controvertidos debates en el derecho comparado con motivo de su recepción en los distintos ordenamientos jurídicos al momento de ponderar los derechos fundamentales en colisión; en particular, los derechos a la honra, a la protección a la vida privada o el derecho de protección de datos personales, ante otros derechos como el acceso a la información y la libertad de expresión.

El debate europeo y su solución frente a la persistencia de la información llegó prontamente a nuestro país. Ya en 2012 –y antes del caso Costeja– se dictó

una sentencia en el caso *Jorge Abbott con Google y otros*[4] por el cual se ordenó a Google a eliminar cierta información de dicho motor de búsqueda que vinculaba al exfiscal nacional Jorge Abbot. Con posterioridad al caso Costeja, se dictó la primera sentencia reconocida formalmente como un caso de derecho al olvido digital, en *Aldo Graziani Le-Fort con El Mercurio*, de 2016[5]. Ambos fallos fueron particularmente desprolijos en relación con la ponderación y proporcionalidad de estas decisiones en perjuicio de la libertad de información, aún pese a existir consideraciones de interés público de por medio.

De otro lado, la literatura nacional, que desde entonces ha estudiado el derecho al olvido en internet, es incipiente tanto en su cantidad como en el nivel de desarrollo de su contenido dogmático, advirtiendo una inconsistencia conceptual generalizada al momento de abordar la (posible) existencia de esta figura jurídica comparada en nuestro ordenamiento jurídico. Del examen de la literatura nacional, las siguientes aproximaciones al estudio de esta figura pueden ser descritas:

Autores como Muñoz[6] y Reusser[7], abordan el tratamiento dogmático del derecho al olvido exclusiva y predominante influenciados por el *leading case* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso Costeja), esto es, a partir de las consideraciones jurídicas del derecho de protección de datos personales, traducidas en el ejercicio de un "derecho de cancelación" que ostentan los titulares de datos personales y en contra de responsables de bases de estos datos. En nuestro medio, esta materia está abordada por la Ley Nº 19.628 sobre protección de datos personales; y con motivo de la ley de reforma constitucional N° 21.096 de 2018, este derecho se explicita en el catálogo de derechos fundamentales.

Por otro lado, autores como Corral[8] estima que la configuración del derecho al olvido en internet estaría fundamentado como un derecho de la personalidad, teniendo íntima relación con el derecho a la vida privada y el derecho a la propia imagen. Con todo, no precisa si se trataría de un derecho autónomo o bien una derivación de éstos.

4 Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 228-2012, 30-07-2012.

5 Corte Suprema, Rol N° 22.243-2015, 21-01-2016.

6 Muñoz, Ana María, "Eliminación de datos personales en internet: El reconocimiento del derecho al olvido", en Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Vol. 4, Nº 2, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho), 2015, pp. 215-261.

7 Reusser, Carlos, *Derecho al olvido. La protección de datos personales como límite a las libertades informativas*, (Der Ediciones), 2022.

8 Corral, Hernán, "El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica", en Revista Jurídica Digital UANDES, Vol. 1 N° 1, (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho), 2017, pp. 43-66.

Sin establecer delimitaciones conceptuales del derecho, autores como Zárate[9] y Leturia[10] reconocen que en la aproximación dogmática de esta figura, ha de aceptarse su colisión con otros derechos fundamentales, como la libertad de información o la libertad de prensa. En la misma línea, Pica[11] y Vivanco[12] ofrecen análisis casuísticos a partir de la jurisprudencia inicial de nuestros tribunales superiores de justicia con ocasión del procedimiento general de amparo de derechos fundamentales previsto en el texto constitucional vigente, esto es, la acción de protección, principalmente a partir del derecho a la honra y el derecho a la privacidad.

Asimismo, existen autores que si bien han realizado un esfuerzo de sistematización de los criterios elaborados por la incipiente jurisprudencia nacional a propósito de acciones de protección para su procedencia en Chile, su aproximación es netamente sectorial. En este sentido, Anguita[13] analiza los criterios elaborados por los primeros fallos nacionales exclusivamente contra motores de búsqueda y; Román y Delgado[14], por su parte, sistematizan y proponen criterios de procedencia del derecho al olvido a partir de la jurisprudencia nacional disponible, pero a propósito de información sobre procesos penales.

Con tal panorama a la vista, se observa la tendencia a replicar sin más la posible recepción del derecho al olvido digital en Chile, con distintos matices y dilemas asociados. En otro lugar, he sido crítico junto a Pablo Viollier sobre la comprensión de este pretendido derecho como un mero ejercicio de cancelación de datos. Desde una óptica de derechos fundamentales, la decisión de cancelación es una de tipo binario –acceder o no a la misma–, la que no permite otras soluciones distintas y que armonicen de mejor manera los derechos en colisión. Tampoco el procedimiento especial previsto por la ley Nº 19.628 –una solicitud extrajudicial y el respectivo reclamo judicial ante la falta de respuesta o la negativa del responsable

9 Zárate, Sebastián, "La problemática entre el derecho al olvido y la libertad de prensa", en Revista Derecom, Nº 13, 2013.

10 Leturia, Francisco, "Fundamentos jurídicos del derecho al olvido. ¿Un nuevo derecho de origen europeo o una respuesta típica ante colisiones entre ciertos derechos fundamentales?", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 43, Nº 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho), 2016, pp. 91-113.

11 Pica, Rodrigo, "El derecho fundamental al olvido en la web y el sistema constitucional chileno. Comentario a la sentencia de protección Rol N° 22243-2015 de la Corte Suprema", en Estudios Constitucionales, Vol. 14, Nº 1, (Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2016, pp. 309-318.

12 Vivanco, Ángela, "El derecho al olvido y el eventual poder que tenemos sobre nuestra propia 'historia'", en Libertad y Desarrollo, sentencias destacadas, Nº 13, (Ediciones LyD), 2018.

13 Anguita, Pedro, *Acciones de protección contra Google,* (Librotecnia), 2016.

14 Román, Paulo y Delgado, Gustavo, "Justiciabilidad del derecho al olvido en Chile: una propuesta a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema en casos sobre informaciones relacionadas con procesos penales", por todos Rodríguez-García, Nicolás (Dir.), *Justicia Penal Pública y Medios de Comunicación* (Tirant Lo Blanch), 2018.

a la misma– permite un ejercicio de ponderación frente a la disyuntiva de cuál derecho cederá en desmedro del otro con motivo de la cancelación[15].

Los dilemas de la recepción del derecho al olvido digital en Chile se traducen, entonces, no solo en la adscripción de esta figura a un determinado tipo iusfundamental –el derecho de protección de datos o el derecho a la privacidad, por ejemplo–; o los criterios de procedencia frente a colisión con otros derechos, como la libertad de información; sino también en torno a las garantías más idóneas para la realización del derecho. Quienes defienden en Chile un derecho al olvido "a la europea" –esto es, desde las consideraciones normativas de la ley Nº 19.628– desconocen la recepción "a la chilena" de esta figura a través de la acción de protección y los matices que a través de ella se han introducido en su configuración. Esto ha permitido a nuestra jurisprudencia adoptar soluciones menos lesivas a la libertad de información, prefiriendo ordenar la actualización del contenido antes que derechamente su cancelación[16].

La tramitación del actual proyecto que reforma la ley Nº 19.628 sobre protección de datos personales, supondrá la adopción de un nuevo esquema regulatorio. Respecto de un derecho al olvido digital, esto supondrá por una parte, oxigenar las discusiones sobre aquellas posturas que lo vinculan a una modalidad del derecho de protección de datos; y de otra, una posible superposición en el modelo de garantías, entre la acción de protección y un nuevo diseño de hábeas data, que hoy figura en desuso.

3. El modelo de garantías del (in)existente derecho al olvido digital en Chile

El desorden dogmático sobre los alcances del derecho al olvido digital en Chile ha permitido, paradojalmente, cierta versatilidad en las garantías utilizadas para tutelar los intereses constitucionales que existen detrás de esta figura.

Quienes sostienen que el derecho al olvido digital es una modalidad del derecho de protección de datos personales, esto es, el derecho de cancelación, disponen, por un lado, del procedimiento dispuesto por el artículo 16 de la ley N° 19.628, esto es, la acción de hábeas data; y de otro, del ejercicio de la acción de protección del artículo 20 de la Constitución, luego de la reciente reforma constitucional de 2018 que establece explícitamente el derecho de protección de datos personales en el artículo 19 N° 4. De igual manera procede esta acción constitucional respecto

15 Ortiz, Leonardo y Viollier, Pablo, Op. Cit., pp. 95-97.

16 Ortiz, Leonardo y Viollier, Pablo, Op. Cit., pp. 98-104.

de aquellas posturas eclécticas que sostienen que el derecho al olvido digital supone un derecho de la personalidad, y cuya adscripción típica iusfundamental puede ser atribuida respecto del derecho a la honra; el derecho a la privacidad; o inclusive, respecto de la libertad de trabajo. En lo que sigue, describiré ambos modelos de garantía.

3.1 El hábeas data

La concurrencia del hábeas data, como garantía especial del derecho de protección de datos personales; y la acción de protección, como garantía jurisdiccional general, no ha supuesto mayores problemas dogmáticos –hasta ahora– en casos sobre derecho al olvido digital. Tal como observa Contreras, con motivo del debate parlamentario sobre la reforma que establece el derecho de protección de datos personales en la Constitución, se advirtió la ineficacia del modelo de hábeas data vigente, prefiriéndose la acción de protección como garantía del derecho. Sin embargo, algunos especialistas notaron una posible concurrencia de acciones en caso de reformas a la ley N° 19.628 en las formulaciones que se han adoptado este último tiempo en el derecho comparado[17].

El hábeas data en la ley Nº 19.628 tiene una regulación extrajudicial y otra propiamente jurisdiccional. Respecto del hábeas data extrajudicial, la ley dispone que cualquier persona puede solicitar al responsable de un banco de datos personales, la cancelación o eliminación de estos en caso de que su almacenamiento carezca de fundamento legal o cuando estuvieren caducos (art. 12, inc. 3º). Si el responsable del registro o banco de datos no se pronunciare sobre la solicitud del requirente dentro de dos días hábiles, o la denegare por una causa distinta de la seguridad de la Nación o el interés nacional, podrá el titular deducir un hábeas data de carácter propio, esto es, jurisdiccional.

En términos generales, esta acción –regulada en el artículo 16 de la ley Nº 19.628– debe interponerse ante el juez de letras en lo civil del domicilio del responsable, y establece un procedimiento especial para su tramitación, con plazos breves tanto para la deducción de descargos por parte del responsable como para la dictación de la sentencia definitiva. La sentencia es apelable, en ambos efectos, dentro del plazo de cinco días; y no procede recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia. En caso de acogerse la reclamación, la misma sentencia fijará un plazo prudencial para dar cumplimiento a lo resuelto, pudiendo

17 Contreras, Pablo, "El derecho a la protección de datos personales y el reconocimiento de la autodeterminación informativa en la Constitución", en Estudios Constitucionales, Vol. 18, N°2, (Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2020, pp. 112-114.

disponer multas en los términos de los artículos 17 y 18. El no cumplimiento de lo resuelto en la forma que decrete el tribunal prevé como sanción una multa de dos a cincuenta unidades tributarias mensuales.

Como se advierte, la sentencia estimativa solo podrá disponer una solución binaria, esto es, ordenar al responsable la cancelación del contenido en internet; no pudiendo disponer otras soluciones menos lesivas de las libertades de expresión e información, cuando se trata de casos de derecho al olvido, como la actualización de la información.

Como señalé, la literatura coincide en un diagnóstico generalizado de ineficacia de esta acción, debido a sus profundas debilidades de diseño, lo que trae como consecuencia su inutilidad: el tribunal competente es el juzgado de letras en lo civil del domicilio del responsable, lo que impide el acceso a la jurisdicción en caso de que se trate de personas jurídicas con domicilio lejano al del titular de los datos, a nivel nacional o inclusive en el extranjero[18]; carga el peso de la prueba en el afectado; y no trae aparejada sanciones concretas y efectivas, desbalanceando el costo beneficio de recurrir a un tribunal en desmedro del afectado[19].

3.2 La acción de protección como amparo general de derechos

La acción de protección es una garantía jurisdiccional general de derechos fundamentales, regulada en el artículo 20 de la Constitución y en el autoacordado de la Corte Suprema Nº 94 de 2015. Como señalé en otra parte, está acción –y a diferencia del hábeas data– goza de las condiciones necesarias para las garantías de imparcialidad e independencia en el conocimiento y resolución de casos relacionados al derecho al olvido y; además, ofrece flexibilidad en las soluciones que la Corte puede adoptar para el restablecimiento del derecho y brindar la debida protección al afectado, que no necesariamente han de tener relación con una decisión binaria de ordenar o rechazar la cancelación o desindexación de información solicitada, lo que permite una genuina ponderación de derechos[20].

Como garantía jurisdiccional general de derechos fundamentales, pese a las críticas formuladas por la literatura, posee diversas ventajas procesales respecto de la acción de hábeas data para el debido resguardo de los intereses constitucionales

18 Salas, Carolina, "El hábeas data", en Henríquez, Miriam y Silva, María Pía, *Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales*, (Thomson Reuters), 2014, p. 147.

19 Garrido, Romina, "El Habeas Data y la Ley de Protección de Datos Personales en Chile", en Serie Bibliotecología y Gestión de Información, Nº 83, (Universidad Tecnológica Metropolitana, Facultad de Administración y Economía), 2013, p. 17.

20 Ortiz, Leonardo y Viollier, Pablo, Op. Cit., p. 98.

tras un pretendido derecho al olvido digital y su adecuada armonía con otros derechos constitucionales, según las características identificadas por la doctrina[21]:

i) Es un procedimiento de carácter informal. No requiere, por regla general, patrocinio ni intervención de un abogado. Se trata de un procedimiento que no implica una barrera de entrada para el ejercicio del derecho, como sí lo es el hábeas data.

ii) Es un procedimiento de carácter inquisitorio. La Corte tiene discrecionalidad para indagar los actos u omisiones denunciados como ilegales o arbitrarios y el agravio producido al legítimo ejercicio de los derechos al accionante. Se trata de una característica elemental que permite un adecuado juzgamiento de la solicitud de cancelación o desindexación de información del titular de los motores de búsqueda de internet y plataformas digitales, puesto que aquello permite un genuino ejercicio de ponderación de las posibilidades fácticas y jurídicas en un caso concreto al existir una colisión de derechos.

iv) Es un procedimiento amplio. El tribunal puede adoptar todo tipo de medidas tendientes a restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, Se trata de la principal característica que permite armonizar la debida protección del derecho al olvido, sin dejar de lado otros intereses legítimos, permitiendo optar por medidas distintas o menos lesivas a la mera cancelación o desindexación de información en plataformas digitales o motores de búsqueda de internet, ordenando a los responsables, por ejemplo, la actualización de la información para la debida reinserción social del afectado. Así, de hecho, lo ha resuelto la Corte Suprema en los casos más recientes[22], siendo la cancelación o eliminación de contenido, entonces, excepcional.

4. ¿Un nuevo hábeas data? Proyecto de reforma a la ley N° 19.628

El modelo de garantías vigente y aplicable al derecho al olvido digital podría ser redefinido. En efecto, la tramitación del actual proyecto de ley que reforma la ley Nº 19.628 sobre protección de datos personales –que a la fecha se encuentra en tercer trámite constitucional– [23], supondrá la adopción de un nuevo esquema regulatorio en estos temas. Entre los elementos previstos por el proyecto de ley, se

21 Por todos, véase Henríquez, Miriam, *Acción de protección* (Der Ediciones), 2018, pp. 6-12.

22 Véase Corte Suprema, Rol Nº 65.341-2016, 24-07-2017, Cº 9º y 10º; Corte Suprema, Rol Nº 23.107-2018, 15-01-2018, Cº 9º; Corte Suprema, Rol Nº 8.543-2018, 09-07-2018, Cº 5º; Corte Suprema, Rol Nº 18.818-2019, 27-12-2019, Cº 9º, 10º, 13º y 17º.

23 Véase Boletín Nº 11.144-07. El proyecto de ley se encuentra en tercer trámite constitucional en Senado.cl, Boletín Nº 11.144-07, Fecha de consulta: 15-11-2023.

prevé la regulación de una garantía administrativa a este derecho, estableciendo un procedimiento de tutela de protección –un nuevo hábeas data– a cargo de la Agencia de Protección de Datos, cuya resolución administrativa es reclamable judicialmente.

De ser aprobado el proyecto de ley en los términos actuales de su tramitación, la actual ineficacia del hábeas data supondrá una efectiva concurrencia de acciones.

4.1 Un nuevo derecho de cancelación

El proyecto de ley que modifica la actual ley Nº 19.628 pretende reformular el contenido de los derechos que ostenta el titular de datos personales –como los derechos acceso, cancelación, rectificación, oposición o portabilidad–, actualizando sus categorías con una relevante influencia del derecho europeo y, particularmente, de la regulación contenida en el Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea (RGPD).

El derecho de cancelación es definido en el proyecto de ley en idénticos términos a su regulación vigente, esto es, aquella atribución del titular de solicitar la "destrucción de datos almacenados en registros o bancos de datos, cualquiera fuere el procedimiento empleado para ello" (art. 2, letra h, Ley Nº 19.628). La versión actual de la ley Nº 19.628 permite solicitar la cancelación de datos cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal; los datos sean caducos; o bien, cuando sean erróneos, inexactos, equívocos o incompletos (art. 6, Ley Nº 19.628).

El proyecto de ley, sin embargo, modifica las causales de procedencia, eliminando la hipótesis de datos erróneos o inexactos; e incorpora una causal genérica de cumplimiento a la legalidad, esto es, cuando deban suprimirse datos para el cumplimiento de una sentencia judicial o de una resolución administrativa de la autoridad de protección de datos o de una obligación legal. Junto a ello el proyecto establece distintas hipótesis de prohibición a la cancelación, entre ellas, precisamente, algunas que la jurisprudencia nacional ha determinado ante la improcedencia del derecho al olvido digital[24], como, por ejemplo: cuando se trate del ejercicio de las libertades de expresión e información; cuando se trate del cumplimiento de una función pública o para el ejercicio de una actividad de interés público; o inclusive, para tratamientos con fines históricos, estadísticos o científicos y para estudios o investigaciones que atiendan fines de interés público (art. 6, proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628).

En efecto, la regulación del nuevo artículo 6 que propone el proyecto de ley de

24 En general, véase Ferrante, Alfredo, *Derecho al olvido en internet en Chile. La evolución de los parámetros jurisprudenciales y la influencia de la doctrina y el derecho extranjero,* (Thomson Reuters), 2022.

reforma a la ley Nº 19.628 representa una similitud patente al artículo 17 RGPD de la Unión Europea que reconoce como sinónimos el derecho de cancelación con un "derecho al olvido", en términos genéricos. La referencia a un derecho al olvido, sin embargo, no ha sido incorporada explícitamente en el debate legislativo nacional con motivo de la nueva regulación que se pretende. Aun más, las limitaciones al derecho de cancelación que prevé el proyecto de ley suelen ser utilizadas en nuestra jurisprudencia nacional como una excusa para negar la existencia del derecho al olvido digital en Chile[25].

Ciertamente, las características propias del modelo de garantías de derechos fundamentales chileno y su configuración por la dogmática constitucional permitirán discutir si de los términos del proyecto de ley se regula explícitamente o no –pese a sus críticas[26]– una figura de derecho al olvido digital homologable al derecho de cancelación. Ello aconsejaría tomar con resguardo las posturas de alguna literatura nacional que pretende trasplantar –sin más– una solución europea altamente controvertida a las particularidades propias de nuestro ordenamiento jurídico[27], al tratarse de una discusión dogmática aún en bruto.

4.2 La Agencia de Protección de Datos

La Agencia de Protección de Datos es la autoridad especializada de control que crea el proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628. La necesidad de su creación ha generado adeptos mayoritarios en la disciplina, pese a haberse discutido si en nuestro país aquello era pertinente atendido el rol que ha cumplido el Consejo para la Transparencia en esta materia[28].

El proyecto de ley categoriza a esta Agencia como un órgano autónomo y técnico, descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. La Agencia tendrá por función "velar por la efectiva protección de los derechos que garantizan la vida privada de las personas y sus

25 Pica (2019), pp. 335-342.

26 De entre los principales críticos del derecho al olvido digital en Europa, puede consultarse a Cotino, Lorenzo, "El conflicto entre las libertades de expresión e información en internet y el derecho a la protección de datos. El derecho al olvido y sus retos: 'Un falso derecho, a juzgar por un falso tribunal'", en José Ignacio Bel Mallén y Loreto (Dir.), *Derecho de la información: El ejercicio del derecho de la información y su jurisprudencia,* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2015, pp. 387-430.

27 Donoso, Lorena y Reusser, Carlos, *La protección de datos personales en Chile,* (Der Ediciones), 2022, pp. 160-162.

28 Álvarez, Daniel, "Acceso a la información pública y protección de datos personales. ¿Puede el Consejo para la Transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos?", en Revista de Derecho, Año 23, Nº 1, (Universidad Católica del Norte, Facultad de Ciencias Jurídicas), 2016, pp. 51-79.

datos personales, de conformidad a lo establecido en la presente ley, y fiscalizar el cumplimiento de sus disposiciones" (art. 30, proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628). Entre sus atribuciones, figuran aquellas que regularmente son identificadas por la literatura bajo el modelo de agencias independientes, esto es, atribuciones normativas o regulatorias, de control y sanción[29].

Mayor relevancia tiene para los fines de este trabajo, la atribución de resolver solicitudes y reclamos que formulen los titulares de datos en contra de quienes traten datos personales con infracción a esta ley, sus reglamentos o las instrucciones y normas generales dictadas por la Agencia (art. 30 bis, letra f, proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628). En efecto, como se verá enseguida, queda de cargo de esta agencia conocer y resolver vía administrativa la nueva acción de hábeas data que regula el proyecto de ley, la que podrá ser impugnada judicialmente.

4.3 Un nuevo hábeas data

La reformulación de la actual ley Nº 19.628 prevé un nuevo modelo de hábeas data. En primer lugar, se establece un procedimiento de hábeas data extrajudicial ante el responsable de datos personales (arts. 10 y 11, proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628); un hábeas data administrativo ante la Agencia de Protección de Datos (art. 41, proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628) y un reclamo judicial de ilegalidad contra la resolución de la Agencia ante la Corte de Apelaciones respectiva (art. 43, proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628).

A. Hábeas data extrajudicial

Este procedimiento se caracteriza por su informalidad y desregulación procedimental. Más allá de la regulación formal de la presentación de la solicitud del titular ante el responsable, se exige sobre este último el deber de respuesta dentro de un plazo de quince días hábiles contados desde la formulación de la solicitud; así como el deber de fundar su decisión en caso de denegación total o parcial, indicando una causal en que se funda y los antecedentes que la justifican. Específicamente para el caso del derecho de cancelación, el titular puede solicitar el bloqueo temporal de los datos o del tratamiento que realice; y la resolución que acoja la cancelación solo será aplicable respecto de los responsables a quienes se haya formulado la solicitud (art. 11, proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628).

29 Por todos, véase Cordero, Luis y García, José Francisco, "Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias", en Anuario de Derecho Público 2012, (Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho), pp. 415-435.

La reformulación de este procedimiento extrajudicial importa un avance respecto del diseño vigente, toda vez que se establecen distintas formalidades y exigencias que el responsable de datos debe cumplir con motivo de su formulación, otorgando certezas al titular en su resolución. Sin embargo, persisten sobre éste las críticas formuladas que supone su ejercicio: se trata de una decisión binaria que induce a los responsables a un sobrecumplimiento, configurando la cancelación en la regla por defecto; sus fundamentos pueden ser jurídicos como extrajurídicos, es decir, de carácter económico o de otra índole; cuyo procedimiento no reviste de elementos suficientes que garanticen la imparcialidad en la decisión, pues transforma al privado responsable en juez y parte de la disputa[30].

B. Hábeas data administrativo o procedimiento de tutela de derechos

El hábeas data administrativo se interpone ante la Agencia de Protección de Datos cuando el responsable haya denegado una solicitud de hábeas data extrajudicial o no hubiere dado respuesta a ella dentro de plazo. En casos justificados y a solicitud del titular, la Agencia podrá suspender el tratamiento de datos. De ser acogido a tramitación, la Agencia podrá abrir un breve término probatorio y tendrá amplias facultades para solicitar antecedentes o informes que contribuyan a su resolución. No hay requisitos y regulación de los efectos de la resolución o acto administrativo de término que se dicte, salvo la exigencia de estar motivada y que la tramitación del procedimiento no exceda de seis meses (art. 41, proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628).

El establecimiento de un procedimiento administrativo ante una agencia especializada supone mejoras sustantivas y evidentes en la garantía del derecho de protección de datos personales respecto del modelo de hábeas data judicial previsto en el actual artículo 16 de la ley Nº 19.628, al eliminar defectos asociados al tribunal competente, y evitando trasladar la carga probatoria y los costos económicos de su ejercicio al afectado. Por otro lado, se debe distinguir este procedimiento administrativo del procedimiento administrativo infraccional (art. 42, proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628), lo que permite inferir, entonces, que el objetivo de este procedimiento es hacer efectivo el ejercicio de los derechos del titular de datos personales, cuando el ejercicio del hábeas data extrajudicial ante el responsable no haya sido exitoso.

Con motivo del ejercicio del derecho de cancelación, el conocimiento del hábeas data y su resolución se traducirá, evidentemente, en la decisión binaria de

30 Ortiz, Leonardo y Viollier, Pablo, Op. Cit., pp. 91-94.

acceder o no a la cancelación, sin perjuicio de las determinaciones que pudieren adoptarse con motivo del procedimiento infraccional. Sería positivo que la Agencia, en el ejercicio de sus atribuciones normativas, regulara con motivo del procedimiento de hábeas data y casos vinculados a un derecho al olvido digital, la posibilidad de adoptar decisiones alternativas que supongan una mejor armonía de los derechos en colisión, como la actualización de la información, tal como lo ha resuelto la Corte Suprema con motivo del conocimiento de estos casos.

C. Reclamo de ilegalidad

Esta acción judicial procede ante la Corte de Apelaciones respectiva contra una resolución dictada ilegalmente por la Agencia con motivo del hábeas data administrativo y dentro del plazo de quince días hábiles contados desde su notificación. El reclamante deberá indicar la o las normas legales que se suponen infringidas, la forma en que se ha producido la infracción, y cuando procediere, las razones por las cuales el acto le causa agravio. La Corte puede ordenar prudencialmente un término probatorio. La sentencia definitiva que resuelva el reclamo estimará si existe o no agravio, ordenando la rectificación del acto impugnado y la dictación de la respectiva resolución, según corresponda. En lo no regulado, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil (art. 43, proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628).

Se trata de una acción judicial de carácter contencioso-administrativo que, de su tenor, tiene por objeto establecer si con motivo de la dictación de la resolución de la Agencia que resuelve un hábeas data lo ha sido con infracción a la legalidad, produciendo con ella un agravio. Las significancias dogmáticas de la causal de ilegalidad, de promulgarse el proyecto de ley en tales términos, deberá ser colmada de contenido por la jurisprudencia de las cortes, al homologar su causal de procedencia al recurso de casación en el fondo (art. 767 Código de Procedimiento Civil). En este sentido, difiere su regulación del reclamo de ilegalidad regulado en la ley Nº 20.285 respecto de las resoluciones dictadas por el Consejo para la Transparencia con motivo de los procedimientos de amparo de acceso a la información pública pues éste procede genéricamente respecto del afectado cuando el Consejo deniegue el acceso a la información, homologándolo a un recurso de apelación (art. 28 inc. 1° ley Nº 20.285).

La principal debilidad de los procedimientos de hábeas data regulados en el proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628 radica en no contemplar una regla especial que excluya la concurrencia de la acción de protección cuando estos procedimientos han sido activados, como sí ocurre, por ejemplo, con la acción de no

discriminación arbitraria (art. 6, letra g, ley Nº 20.609); la acción de tutela laboral de derechos fundamentales (art. 485, inc. 4º Código del Trabajo); o el reclamo por vulneración de derechos tributarios (art. 155 Código Tributario). Se trata de un asunto de toda relevancia, pues el artículo 20 de la Constitución dispone que la acción de protección puede ser ejercida "sin perjuicio de los demás derechos que [el afectado] pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes".

La naturaleza diferenciada de la acción de protección como amparo general de derechos fundamentales respecto de los procedimientos de hábeas data regulado por el proyecto de ley mantendrá abierto, de esta manera, el debate sobre la superposición de modelos de garantía con motivo de casos relacionados a un derecho al olvido digital. También los presupuestos de procedencia diferentes, así como la amplitud procedimental de la acción de protección para conocer y resolver estos asuntos, incentivarán a litigantes a preferir encausarlos por medio de esta garantía jurisdiccional de carácter general. Ello se traducirá, necesariamente, en criterios diferenciados por parte de la Corte Suprema –en el caso de conocimiento y resolución de acciones de protección– respecto de las Cortes de Apelaciones –con motivo del conocimiento y resolución de reclamos de ilegalidad contra las resoluciones de la Agencia en el ejercicio del hábeas data– y, por tanto, en la configuración dogmática de la (in)existencia de un derecho al olvido digital en Chile y su posible contenido iusfundamental.

5 . Algunas conclusiones

Los dilemas sobre la recepción del derecho al olvido digital en Chile se traducen no solo en la adscripción de esta figura a un determinado tipo iusfundamental; o los criterios de procedencia frente a colisión con otros derechos, como la libertad de información; sino que se circunscriben también en torno a las garantías más idóneas para la realización del derecho. Sin embargo, el desorden dogmático sobre los alcances del derecho al olvido digital en Chile ha permitido, paradojalmente, cierta versatilidad en las garantías utilizadas para tutelar los intereses constitucionales que existen detrás de esta figura.

Quienes defienden en Chile un derecho al olvido "a la europea" –esto es, desde las consideraciones normativas de la ley Nº 19.628– desconocen la recepción "a la chilena" de esta figura a través de la acción de protección y los matices que a través de ella se han introducido en su configuración. Esto ha permitido a nuestra jurisprudencia adoptar soluciones menos lesivas a la libertad de información, prefiriendo ordenar la actualización del contenido antes que derechamente su

cancelación; y cautelándolo, en algunos casos, por medio de otros derechos, como el derecho a la privacidad o a la honra.

En este sentido, pese a existir una garantía especial de carácter legal en materia de protección de datos personales, la literatura nacional ha sido conteste en establecer un diagnóstico de ineficacia de la acción de hábeas data en el modelo vigente de la ley Nº 19.628, debido a sus profundas debilidades de diseño, lo que trae como consecuencia su inutilidad. Este diagnóstico ha acentuado la preferencia de encausar los casos sobre derecho al olvido digital en Chile por medio de la acción de protección, sin mayores cuestionamientos.

Sin embargo, con motivo de la tramitación del actual proyecto de ley que reforma la ley Nº 19.628 sobre protección de datos personales, el modelo de garantías vigente podría ser redefinido. El proyecto contempla la creación de una Agencia de Protección de Datos cuya función será la de supervigilar el cumplimiento de sus disposiciones. En este contexto, se establecen garantías especiales con motivo del ejercicio del derecho de cancelación que, desde luego, impactarán en la comprensión y formulación del derecho al olvido digital en nuestro país por quienes defienden una versión europea del derecho al olvido digital: un hábeas data extrajudicial ante el responsable de datos; un hábeas data administrativo ante la Agencia; y un reclamo de ilegalidad contra la resolución de la Agencia.

Se observa que la principal debilidad de los procedimientos de hábeas data regulados en el proyecto de ley de reforma a la ley Nº 19.628 radica en no contemplar una regla especial que excluya la concurrencia de la acción de protección cuando estos procedimientos han sido activados, como sí ocurre con otras garantías especiales de derechos fundamentales en Chile. En este sentido, es posible sostener que el debate sobre la superposición de modelos de garantía con motivo de casos relacionados a un derecho al olvido digital seguirá abierto, a la vez que las características procedimentales de la acción de protección incentivarán su mayor utilización por litigantes; en desmedro de la acción de hábeas data. Lo anterior supondrá posibles criterios jurisprudenciales contradictorios entre la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones al conocer indistintamente de acciones de protección y reclamos de ilegalidad del nuevo hábeas data. Así, lejos de esperar mayores certezas respecto de la configuración dogmática de la (in)existencia de un derecho al olvido digital en Chile y su posible contenido iusfundamental, los debates sobre esta figura posiblemente se vean acentuados.

LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD EN EL PROYECTO CONSTITUCIONAL 2023: LA REIVINDICACIÓN DEL CONTROL CONCRETO DE LA LEY

Catalina Salem[1] *y Jean Menanteau*[2]

Resumen

En los dos últimos procesos constitucionales se han efectuado esfuerzos normativos por describir a nivel constitucional el carácter del control que tiene la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Si bien ambas propuestas de Constitución Política fueron desechadas en plebiscitos constitucionales, este trabajo argumenta que la propuesta de 2023 aportaba elementos normativos para la construcción de una teoría del control concreto de constitucionalidad de la ley, lo cual podría servir como antecedente para enriquecer el actual debate sobre la interpretación del artículo 93 N° 6 de la Constitución Política vigente.

1. Introducción

La acción de inaplicabilidad es aquella que tiene por objeto dejar sin aplicación un precepto legal, en una gestión judicial que se encuentre pendiente ante un tribunal ordinario o especial, por producir efectos contrarios a la Constitución Política. Así, de existir una sentencia que declare la inaplicabilidad de la disposición legal, su efecto natural es que el juez de la gestión pendiente no la aplique para decidir el asunto jurídico que ha sido sometido a su conocimiento. Con ello se resguardan dos principios fundamentales de un Estado constitucional: la supremacía de la Constitución y el sometimiento de los jueces a la ley[3].

1 Profesora investigadora del Centro de Justicia Constitucional de la Universidad del Desarrollo. Becaria Programa de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, CONICYTPFCHA/Doctorado Nacional/2018-21180819. Ex integrante de la Comisión Experta del Proceso Constitucional 2023. Correo electrónico: c.salem@udd.cl.

2 Profesor de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile, ex asesor legislativo de la Comisión Experta, Proceso Constitucional 2023. Correo electrónico: jean.menanteau@udd.cl

3 Zúñiga, Francisco, "Tribunal Constitucional y Corte Suprema: control de constitucionalidad, casación y

La inaplicabilidad es una de las acciones constitucionales más longevas en nuestra historia constitucional[4] y el primer mecanismo jurisdiccional de revisión de la ley[5]. Se estableció por primera vez en la Constitución Política de 1925 como un control directo al legislador, a requerimiento de cualquier parte afectada en un juicio, para ser conocida por la Corte Suprema. Su regulación constitucional se mantuvo inalterada hasta la Constitución de 1980 que añadió la facultad de la Corte de decretar la suspensión del procedimiento en el juicio en que el precepto legal tendría aplicación. Con posterioridad, en la reforma constitucional introducida por la ley N° 20.050, la acción sufrió un cambio orgánico y funcional de gran magnitud: en cuanto atribución quedó radicada en el Tribunal Constitucional; se entregó legitimación activa al juez de la causa; y se modificó su definición constitucional. Actualmente se encuentra regulada en el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política vigente.

Respecto a la definición constitucional de la acción, los textos constitucionales de 1925 y 1980, en su versión original, señalaban que la inaplicabilidad procedía respecto de "cualquier (todo) precepto legal contrario a la Constitución". Sin embargo, el año 2005 la redacción constitucional cambió, señalando que la declaración de inaplicabilidad procede respecto de un precepto legal "cuya aplicación […] resulte contraria a la Constitución". Esto produjo un cambio en el entendimiento del tipo de control que se debía realizar al examinar la inaplicabilidad de una disposición legal: mientras la última jurisprudencia de la Corte Suprema había entendido que era un control abstracto entre ley y Constitución, el constituyente de 2005 y la jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional (TC) le imprimieron una naturaleza de tipo concreta, diferenciando a la inaplicabilidad de la acción de inconstitucionalidad (artículo 93 N° 7 de la Constitución) que sí suponía una contradicción abstracta entre normas jurídicas de distinto rango.

Desde entonces, el carácter concreto de la acción de inaplicabilidad ha sido un tópico intensamente discutido a nivel doctrinal y jurisprudencial. Los autores no han logrado consensuar una teoría sobre el control concreto de la ley, identificándolo más bien, a partir de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional,

amparo de derechos fundamentales", en Nogueira, Humberto (Coord.), *Reflexiones acerca del Tribunal Constitucional y sus competencias a ocho años de la reforma 2005,* (Editorial Librotecnia), 2013, pp. 167-210.

4 El artículo 20 de la Constitución Política de 1925 incorporó también la acción de indemnización por error judicial.

5 Bajo la vigencia de las Constituciones de 1828 y de 1833 sólo existía un control político de la ley, esto es, la vigilancia al Presidente de la República sobre la observancia de la Constitución era encomendada a comisiones especializadas del Congreso Nacional, cuando este último órgano se encontraba en receso. Ver artículos 90 y 92 de la Constitución de 1828; y artículo 57 de la Constitución de 1833.

con un control a la actividad jurisdiccional del juez de la gestión pendiente, y por lo mismo, de la interpretación judicial de la ley. Esto ha generado choques entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema por la disputa acerca de cuál es el órgano de cierre del sistema, para la aplicación de la ley y de la Constitución, lo que, en ocasiones, ha puesto en tela de juicio el diseño mismo de control represivo de la ley.

La regulación constitucional de la inaplicabilidad fue revisada en los dos últimos procesos constitucionales: la propuesta constitucional elaborada por la Convención Constitucional el año 2022; el anteproyecto elaborado por la Comisión Experta; y la posterior propuesta constitucional elaborada por el Consejo Constitucional el año 2023. Los diseños institucionales propuestos para la inaplicabilidad difirieron diametralmente en uno y otro caso: mientras en la propuesta de 2022 se acercó a un diseño de control de carácter abstracto, la de 2023 buscó reforzar el actual sistema de control concreto. Si bien ambas propuestas fueron desechadas en plebiscitos constitucionales, la del 2023, al insertarse en la tradición constitucional de la inaplicabilidad, podría dar luces para una comprensión actual de la acción y así atenuar los roces con el Poder Judicial.

Para dar cuenta de esta premisa, primero se revisarán algunos antecedentes históricos de la inaplicabilidad, a fin de identificar cuáles han sido sus rasgos definitorios y cómo ellos han perdurado en el tiempo. Luego, a partir de esos rasgos, se construirá el diagnóstico que se tuvo en consideración para la propuesta constitucional de 2023, lo que contribuirá a justificar el diseño institucional elegido, en contraposición a aquél considerado en la propuesta de 2022. Finalmente, se extraerán algunas conclusiones que podrían servir para guiar el debate acerca de una teoría del control concreto de constitucionalidad de la ley.

2. Breve síntesis de los antecedentes históricos de la acción de inaplicabilidad

La doctrina y la jurisprudencia han tenido siempre una mirada rupturista de la reforma constitucional de 2005 en relación con la regulación constitucional previa de la acción de inaplicabilidad. Así, se ha afirmado invariablemente que dicha reforma cambió el tipo de control que se ejerce en virtud de la acción de inaplicabilidad, desde un control abstracto de normas, a un control de tipo concreto.

Sin embargo, un examen más detallado a la jurisprudencia de inaplicabilidad desarrollada por la Corte Suprema a lo largo de 80 años, evidencia más bien la existencia de ciertos elementos que hoy día subsisten en la jurisprudencia del

Tribunal Constitucional y que dan cuenta de una continuidad más que de una ruptura. Tal continuidad está dada por tres características que la Corte Suprema adscribió a la inaplicabilidad y que pueden ser trazadas en la jurisprudencia que hoy desarrolla el Tribunal Constitucional.

La primera de ellas es que la Corte Suprema comprendió a la inaplicabilidad como de naturaleza singular, esto es, que inaplica un precepto legal por ser contrario a la Constitución "en el caso concreto de *un juicio*"[6]. Es decir, alude al efecto relativo de la sentencia, como opuesto a un efecto general o *erga omnes*. De este elemento se seguía que la Corte estaba obligada a establecer un vínculo entre la controversia planteada en el juicio pendiente y el precepto legal impugnado[7], y su atribución de inaplicación sólo subsistía mientras tal juicio estuviera pendiente[8]. El texto de la Constitución vigente reconoce a nivel normativo esta característica en los requisitos de procesabilidad de la acción, a saber, que el precepto legal tenga una aplicación decisiva en la resolución de un asunto en la gestión judicial y que esta se encuentre pendiente[9].

En segundo lugar, la inaplicabilidad fue caracterizada por la Corte Suprema como un amparo de derechos fundamentales. Esta concepción de la acción se vio plasmada en la doctrina de los vicios de forma de la ley, según la cual, la Corte no estaba llamada a pronunciarse sobre la existencia de la ley misma, sino sobre si su aplicabilidad ofendía aquellos derechos consagrados en la Constitución. Por lo mismo, tampoco resolvía conflictos de competencia normativa que surgían entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional. Esta característica se desprendía necesariamente del carácter singular de la inaplicabilidad, dado que lo amparado eran los derechos particulares de una persona en un juicio determinado, alejándose de una concepción que dotara de efectos generales a la sentencia; o que protegiera intereses generales y no particulares; o que erigiera al Poder Judicial como contralor de los poderes Ejecutivo y Legislativo, pues vulneraba el principio de separación de funciones[10]. La reforma constitucional de 2005 tuvo la intención de poner término a esta jurisprudencia, de manera tal que el Tribunal Constitucional podía pronunciarse tanto sobre los vicios de forma como de fondo.

6 Banco Nacional de Trabajo (1966).

7 Lawrence A., Ami Leli (1966).

8 Banco de Crédito e Inversiones (1967).

9 Artículo 93, inciso 11, de la Constitución Política.

10 De Castro (1932); Richards, Josías (1950); Caja de Previsión de los Carabineros de Chile (1962); Caja de Previsión de la Marina Mercante Nacional (1965), entre otras.

Sin embargo, desde entonces la doctrina ha cuestionado que el conocimiento de los vicios de forma se adecue a un control de tipo concreto que supone la acción de inaplicabilidad[11].

Por último, como tercera característica, la Corte Suprema definía a la inaplicabilidad como un recurso especial, de derecho estricto y abstracto. Esta conceptualización del recurso tenía por finalidad diferenciar la competencia del máximo tribunal con la de aquel tribunal que estuviera conociendo del juicio en que el precepto legal sería aplicado. Por eso, la Corte Suprema afirmaba que no podía descender al análisis de los hechos y probanzas del pleito, debiendo dejar intactas las atribuciones de los tribunales de instancia[12], doctrina que hoy se encasilla en la diferenciación que hace el Tribunal Constitucional entre "conflictos de legalidad" y "conflictos de constitucionalidad"[13]. Sin embargo, tal examen abstracto no exoneraba a la Corte de medir la incidencia que el precepto legal tendría en el juicio pendiente, evaluando su aplicabilidad y decisividad a partir de la evidencia contenida en el mismo expediente del juicio en que surtiría efectos la eventual sentencia de inaplicabilidad[14]. Este mismo ejercicio hermenéutico del precepto legal lo desarrolla hoy el Tribunal Constitucional para determinar la aplicación decisiva del precepto legal, lo que supone identificar cuál de todas las hipótesis de aplicación posibles a partir del enunciado normativo del precepto es la que está llamada a resolver el caso concreto, para luego someter tal hipótesis a una confrontación con las normas constitucionales que se estiman vulneradas.

Con estas tres características la evaluación que se tuvo de la acción por quienes redactaron la Constitución de 1980 fue positiva. No obstante, ya vigente la

11 Verdugo, Sergio, "Inaplicabilidad y vicios de forma. ¿Un problema resuelto?", en Revista de Derecho, Vol. XXIII, N° 2, (Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurìdicas y Sociales), 2010, pp. 83-112; Lübbert, Valeria, "El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma", en Revista de Derecho Público, Vol. 76, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho), 2012, pp. 373-391; Henríquez, Miriam, "Estudio del recurso de inaplicabilidad por vicios de forma en la Constitución de 1925", en Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección historia del derecho chileno], Vol. XLII, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Escuela de Derecho), 2020, pp. 531-553; Pérez, Ariel, "(In)coherencia del control sobre vicios de forma por parte del Tribunal Constitucional", en Revista de Estudios Ius Novum, Vol. 13, N° 1, (Centro de Estudios Ius Novum), 2020, pp. 378-399; en sentido opuesto Núñez, Manuel "El control de la igualdad en la aplicación de la ley como factor de expansión del control concreto de constitucionalidad de las leyes", en Sentencias Destacadas, (Libertad y Desarrollo) 2007, pp. 123-162; y Salem, Catalina, "Los casos de "rentas vitalicias" y la consolidación de la acción de inaplicabilidad como amparo de derechos contra actos del legislador", en Actualidad Jurídica, N° 46, (Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho), 2022, pp. 247-269.

12 Consejo de Defensa Fiscal (1931); Duncker (1933); Curtze y otros (1941); Vicuña Vicuña, Carlos y otra (1964), entre otras.

13 Ver Salem, Catalina (2018): "Los conflictos de legalidad y los conflictos de constitucionalidad como garantía institucional de la jurisdicción constitucional", en Revista de Derecho (Valdivia), Vol. 31, N° 2, (Universidad Austral de Chile, Facultad de Ciencias Jurìdicas y Sociales), 2018, pp. 135-154.

14 Compañía Salitrera de Tarapacá y Antofagasta (1943); Ahumada (1947); Aravena, Cornelio 2° (1949); Solá Armas, Luis (1950); Blanco Armijo, Aída (1949), entre otras.

Constitución de 1980 la jurisprudencia que caracterizaba a la inaplicabilidad como un control de carácter abstracto fue invocada, entre otros criterios que también desarrolló en aquella época la Corte Suprema, para restringir el alcance del control de la acción. Conforme a esta línea jurisprudencial, la contradicción entre ley y constitución tenía que ser "perfecta", prescindiendo del análisis concreto de los efectos de la aplicación del precepto legal en el juicio pendiente[15]. Con ello, la Corte fue abandonando el examen concreto que sí había desarrollado en décadas previas para verificar la vulneración de derechos constitucionales con ocasión de la aplicación de un precepto legal en un asunto de conocimiento judicial.

El mal desempeño que fue teniendo la inaplicabilidad como mecanismo de garantía de la supremacía constitucional, llevó a su re-escrituración constitucional en la reforma de 2005. Con ello se buscaba rescatar una comprensión de su naturaleza que se había subentendido, pero que fue desvirtuada, como se señaló, por la jurisprudencia tardía de la Corte Suprema. Esa comprensión identificaba a la acción con (i) un control al legislador, (ii) cuando de la aplicación de un precepto legal en un caso concreto se producían resultados inconstitucionales[16]-[17]-[18]. Esta última característica se desprendía de concebir a la inaplicabilidad como un amparo de derechos fundamentales que atendía a un interés particular y no general, y por lo mismo, a una función estrictamente judicial y no política de control.

La forma en que el constituyente de 2005 reforzó esta comprensión fue separando en dos acciones el control de la ley: por una parte, la inaplicabilidad como control concreto; y, por la otra, la acción de inconstitucionalidad como control abstracto y con efectos generales, mecanismo este último que expresamente había sido descartado por los constituyentes de 1925 y de 1980, según consta en las actas de las respectivas discusiones. Con ello se pretendía distinguir la posibilidad que la ley vulnerara la Constitución en una determinada hipótesis aplicativa del precepto legal, que norma el caso concreto, a que todas las posibles aplicaciones

15 Fuenzalida Navarrete, Gastón (1998); Empresa Eléctrica Colbún Machicura S.A. con Sociedad Austral de Electricidad (2000); Bohle Santana, Naldi (2002); Ortiz Heresi, Miguel (2005).

16 Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (1974), Sesión N° 79, p. 756; Actas Oficiales de la Comisión Constituyente (1976), Sesión N° 285ª, pp. 127-128 y 138.

17 La misma Corte Suprema así lo reconocería durante la tramitación de la reforma constitucional de 2005. Ver Historia de la Ley N° 20.050 (2005), p. 310.

18 Una opinión distinta la tiene Salas (2018) quien estima que la continuidad entre la regulación constitucional anterior y la reforma de 2005 está dada porque en ambos casos la inaplicabilidad puede ser entendida como una acción de control abstracto de la ley, no concreto. Salas, Ricardo, "Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Las inaplicabilidades propia e impropia, la legislación negativa singular, el control preventivo de constitucionalidad de las sentencias y la equidad constitucional", en Estudios Constitucionales, Vol. 16, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2018, pp. 187-226.

del precepto resulten contrarias a la Constitución, de modo tal que su supresión del ordenamiento jurídico resulta necesaria[19].

3. La inaplicabilidad hoy: el diagnóstico de la propuesta constitucional 2023

El funcionamiento de la inaplicabilidad, evidenciado en la jurisprudencia que el Tribunal Constitucional ha desarrollado desde el año 2005, ha sido objeto de fuerte crítica tanto por la doctrina como por cierta jurisprudencia de la Corte Suprema[20].

La doctrina ha formulado diversos tipos de crítica a esta institución, las cuales se pueden agrupar, a grandes rasgos, en tres tópicos: (i) una supuesta incoherencia en la conexión que existe entre la acción de inaplicabilidad y la acción de inconstitucionalidad, al exigirse una sentencia de inaplicabilidad previa para poder ejercer esta última acción, siendo que ambas acciones se corresponden con controles de naturaleza diversa[21]; (ii) la concepción del control concreto como un control a la actividad jurisdiccional[22]; y (iii) la falta de efecto vinculante de la sentencia de

19 Historia de la Ley N° 20.050 (2005) pp. 746, 1178, 1669, 1671.

20 El año 2019 hubo un choque entre la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional a propósito de las inaplicabilidades dirigidas en contra del artículo 1° inciso tercero y artículo 485 del Código del Trabajo. Entre varias aristas de la controversia, la Corte Suprema declaró que las sentencias del Tribunal Constitucional eran impugnables mediante la acción de protección, por no ser este mecanismo un "recurso" en los términos que señalaba el artículo 94 de la Constitución. La propuesta constitucional de 2023, en su artículo 173 agregó que contra las sentencias del Tribunal Constitucional no procederá "acción o recurso alguno", haciéndose cargo de esa forma de la interpretación literal efectuada por la Corte Suprema. Ver Corte Suprema, Rol N° 21.027-2019, 7-10-2019.

21 A modo ejemplar, ver Cousso, Javier y Coddou, Alberto, "La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente", en Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2010, pp. 389-430.

22 Ver Gómez, Gastón "La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional", en Zúñiga, Francisco (Edit.), *Reforma constitucional* (Lexis Nexis); Hormazábal, Hernán, *El nuevo Tribunal Constitucional. Los derechos fundamentales y el moderno recurso de inaplicabilidad,* (Lexis Nexis), 2008; Aldunate, Eduardo, "La reforma constitucional del año 2005 desde la Teoría del Derecho y la Teoría de la Constitución", en Revista de Derecho Público, Vol. 69, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho), 2007, pp. 35-44; Correa, Jorge, *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, (AbeledoPerrot), 2011, p. 105; Martínez, José Ignacio, "La cuestión de inaplicabilidad como mecanismo de control de interpretación de preceptos legales", en Arancibia, Martínez, José Ignacio y Romero, Alejandro (Coord.), *Litigación Pública. Colección Estudios de Derecho Públic*o, (Universidad de Los Andes), 2011, pp. 377-396; Silva, Luis Alejandro, "La dimensión legal de la interpretación constitucional", en Revista Chilena de Derecho, Vol. 41, N° 2, (Pontificia Universidad Católica de Chile. Facultad de Derecho), 2014, pp. 437-471; Núñez, Manuel, "Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: Ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad", en Revista de Derecho (Coquimbo), Vol. 19, N° 2, (Universidad Católica del Norte), 2012, pp. 191-236; Muñoz, Sergio, "Regulación constitucional del Poder Judicial. Un análisis necesario", en Aguilar, Gonzalo (Coord.), *Poder Judicial. Reforma Constitucional y Derechos Fundamentales,* (Editorial Librotecnia), 2017, pp. 19-100; Salas, Ricardo, "Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Las inaplicabilidades propia e impropia, la legislación negativa singular, el control preventivo de constitucionalidad de las sentencias y la equidad constitucional", en Estudios Constitucionales, Vol. 16, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2018, pp. 187-226, entre otros.

inaplicabilidad en la gestión judicial pendiente[23]. Estos tres tópicos fueron abordados por los dos últimos procesos constitucionales[24], aunque de forma diversa.

La propuesta constitucional de 2022 abordaba la primera cuestión, uniformando el tipo de control que debía ejercer la Corte Constitucional en las acciones de inaplicabilidad e inconstitucional de la ley, adscribiéndolas a un control abstracto de normas. Esto se podía inferir de la eliminación de la voz "aplicación" de la definición constitucional de la inaplicabilidad, circunscribiéndola a controlar el precepto legal "cuyos efectos sean contrarios a la Constitución" (artículo 381.1 letra a). Asimismo, el artículo 382.2 de la propuesta 2022, obligaba a la Corte a hacer una interpretación conforme del precepto legal tanto en sede de inaplicabilidad como de inconstitucionalidad. La jurisprudencia actual del Tribunal Constitucional sólo hace extensivo este criterio a la acción de inconstitucionalidad, en el entendido que, al ser la inaplicabilidad un control concreto, no es posible examinar todas las aplicaciones o interpretaciones del precepto legal, sino sólo la que es posible en la gestión judicial pendiente. Por último, la propuesta mantuvo la conexión entre ambas acciones a través del requisito de procesabilidad de exigir una sentencia previa de inaplicabilidad, sólo que elevó el requisito a dos o más sentencias.

En cuanto al objeto de control de la acción de inaplicabilidad, no resulta claro de entender en la propuesta 2022 si era el precepto legal en sí mismo, o la interpretación judicial del mismo lo que debía ser impugnado. De la redacción de las normas pueden extraerse inferencias en uno u otro sentido. En efecto, de acuerdo a los artículos 381.1 letra a) y 382.3, podría afirmarse que el objeto controlado es el precepto legal, por cuanto es lo declarado inaplicable. Pero el establecimiento de una única legitimación activa del juez de la gestión pendiente para plantear la cuestión de inaplicabilidad; la exclusión de las gestiones pendientes ante la Corte Suprema para plantear una inaplicabilidad; y la obligación de interpretación conforme con la Constitución, podrían haber llevado a concebir a la inaplicabilidad como un control de la actividad jurisdiccional, en donde la Corte Constitucional colabora con la justicia ordinaria en la interpretación constitucional de la ley -en un sentido análogo al modelo italiano- pero con la diferencia que en la propuesta

23 Gómez, Gastón, *Las sentencias del Tribunal Constitucional y sus efectos sobre la jurisdicción común* (Ediciones Universidad Diego Portales), 2013, p. 298; Valenzuela, Williams, "La sentencia de inaplicabilidad y su cumplimiento por parte de los tribunales de justicia", en Estudios Constitucionales, Año 17, N° 1, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2019, pp. 53-86.

24 Al momento de redacción del presente artículo, no se encuentran disponibles públicamente los informes de sesión de la Convención Constitucional y sus respectivas comisiones.

de la Convención, la Corte Suprema sería el órgano de cierre del sistema[25]. En este sentido, puede afirmarse que la propuesta solucionaba el llamado "choque de trenes" no en razón de una delimitación clara de las competencias que le corresponden al juez constitucional o al juez de la gestión pendiente -las cuales serían compartidas o concurrentes-, sino en razón de la superior jerarquía del órgano llamado a realizar la interpretación conforme a la Constitución.

Por otra parte, el artículo 382.3 de la propuesta 2022 introducía una innovación al explicitar el efecto de la sentencia de inaplicabilidad, esto es, que el precepto legal "no podrá ser aplicado en la gestión judicial en que se originó la cuestión de constitucionalidad". Con ello, quizás, se buscaba reforzar el carácter vinculante de la sentencia, el cual había sido puesto en entredicho en distintas oportunidades por algunos tribunales de justicia y la misma Corte Suprema. Sin embargo, la propuesta no dejaba claro si la sentencia estimatoria de inaplicabilidad producía cosa juzgada constitucional para la Corte Suprema si el asunto llegaba a su conocimiento en posteriores etapas del proceso.

El diagnóstico que se construyó para la elaboración de la propuesta constitucional de 2023 buscó dar respuesta a las mismas problemáticas que tuvo a la vista la Convención Constitucional. Sin embargo, a diferencia del proceso 2022, según se revisará, el proceso 2023 optó por no innovar en el diseño institucional trazado por la reforma constitucional de 2005, sino que introducirle modificaciones que pudieran perfeccionarlo y, de esa forma, dar una respuesta a las críticas sobre su funcionamiento. Esto suponía reconocer y hacer factible la existencia de un control concreto a la ley, concibiéndolo como algo distinto a un control a la actividad jurisdiccional y, por lo mismo, una competencia diferenciable de aquellas que le corresponden a los tribunales de justicia.

4. La inaplicabilidad como control concreto en la propuesta 2023

El proceso constitucional de 2023 inició con el trabajo de la Comisión Experta, órgano encargado de elaborar un anteproyecto constitucional para ser debatido con posterioridad por el Consejo Constitucional. De acuerdo al reglamento de funcionamiento, la Comisión trabajó en cuatro subcomisiones temáticas que fueron las que redactaron las normas constitucionales que luego serían sometidas a deliberación y votación por el Pleno.

25 El diseño elaborado por la Convención Constitucional en el proyecto 2022, había sido propuesto por algunos autores como Muñoz (2017).

De forma paralela al trabajo de las Subcomisiones, el Pleno de la Comisión Experta sesionó escuchando a los titulares de los órganos constitucionales, entre ellos, al Tribunal Constitucional, representado por su Presidenta. En la sesión N° 9, de 29 de marzo de 2023, se le consultó su opinión acerca de cómo coordinar de mejor manera las competencias entre la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional. A ello respondió que tal conflicto "tiene origen en la extralimitación de funciones del Tribunal Constitucional, es decir, cuando salimos del ámbito del control normativo y entramos a ver el mérito, invadimos el ámbito de competencia de los jueces del fondo"[26]. Argumentó acerca de las distintas aristas del problema, las cuales pueden resumirse en las dificultades que se presentan para la determinación del conflicto de constitucionalidad y los conflictos de legalidad. Asimismo, estimó que la cuestión se resolvía de manera importante dejando a la Corte Suprema a cargo de la tutela de los derechos fundamentales, lo que incluía los recursos de unificación de jurisprudencia, teniendo en este ámbito dicha Corte la última palabra. Finalizó señalando que "evidentemente, estas preguntas requieren respuestas más sistémicas, a fin de dejar claramente delimitados los contornos de la competencia de uno u otro órgano y prevenir la tentación que tienen todos los órganos. Por eso es que están estos mecanismos correctivos por parte de la Constitución"[27].

El 30 de marzo de 2023, la Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos de la Comisión Experta presentó el oficio que contenía la iniciativa de normas constitucionales correspondiente a las materias de su competencia[28], entre ellas, las atribuciones de la "Corte Constitucional". Respecto de la inaplicabilidad, la iniciativa argumentaba que esta atribución se mantenía como un control concreto de constitucionalidad de la ley, en los mismos términos que la consagra la Constitución vigente, pero con algunas innovaciones a objeto de reforzar el diálogo interinstitucional.

Esas innovaciones consistieron en (i) entregar la facultad del juez o tribunal en cuya gestión se presenta una acción de inaplicabilidad, para que pueda intervenir en el proceso de dos maneras adicionales a las que contempla la Constitución vigente[29]. Y (ii) respecto de los efectos de las sentencias, se innovó estableciendo

26 Comisión Experta, Sesión N° 9, 29 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.youtube.com/live/UOXkm6IzRns?si=4PhbQifWtj8iAEvS

27 Comisión Experta, Sesión N° 9, 29 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.youtube.com/live/UOXkm6IzRns?si=4PhbQifWtj8iAEvS

28 Iniciativa de Norma Constitucional, Capítulo 8, Corte Constitucional, 30 de marzo de 2023. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/iniciativas/docs/08.pdf.

29 La Constitución vigente sólo reconoce la legitimación activa del juez para requerir la inaplicabilidad de un precepto legal. Artículo 93, inciso 11º de la Constitución; y artículo 79 de la LOTC.

la obligatoriedad de la sentencia estimatoria o desestimatoria de inaplicabilidad para el tribunal en cuya gestión haya de producir efectos, debiendo ser expresamente considerada en los fundamentos de su decisión.

Las nuevas atribuciones que se le entregaban al juez de la gestión pendiente para poder ser oído en el proceso se inaplicabilidad consistían en la posibilidad de informar acerca de la aplicación decisiva del precepto legal, cuando el requerimiento hubiera sido presentado por una parte de la gestión pendiente. Esta era una atribución facultativa y cuyo ejercicio no obstaba a que la Corte Constitucional pudiera resolver sobre la admisión a trámite y la admisibilidad del requerimiento. La segunda atribución consistía en que el juez o tribunal tenía derecho a ser oído en cualquier etapa del proceso de inaplicabilidad permitiendo, por ejemplo, que informe su opinión a la Corte sobre la suspensión del procedimiento.

Con estas innovaciones se buscaba crear un mecanismo institucional de diálogo entre el juez de inaplicabilidad y el juez de la gestión pendiente para coordinar de mejor manera sus respectivas competencias en dos momentos distintos: en la determinación misma de los requisitos de procesabilidad de la acción y, luego, en el carácter vinculante de la sentencia de inaplicabilidad.

En la sesión N° 12, celebrada el 4 de abril de 2023, el Pleno de la Comisión Experta debatió y votó, entre otras, las iniciativas constitucionales presentadas para el capítulo de la "Corte Constitucional". En esa oportunidad, el comisionado Sebastián Soto manifestó que sobre la inaplicabilidad "hay dos preguntas importantes: los efectos de la sentencia en la gestión pendiente, y si la inaplicabilidad es un control concreto"[30]. Respecto a lo primero, afirmó que las innovaciones propuestas eran maneras inteligentes de abordar el problema.

Sin embargo, en relación a la pregunta sobre el carácter de la inaplicabilidad, sugirió que "en el texto de la propuesta, la Subcomisión proponga contornos más claros que orienten la labor de la Corte Constitucional, haciéndose cargo de la discusión académica"[31].

Durante la discusión general de estas normas constitucionales, en la sesión N° 6 de la Subcomisión, de fecha 11 de abril de 2023[32], se planteó a la Presidenta del Tribunal Constitucional cómo perfeccionar a nivel normativo la descripción de

30 Comisión Experta, Sesión N° 12, 4 de abril de 2023. Disponible en: https://www.youtube.com/live/HJfo1EFNrb8?si=0O5deDKwRYtv8i8X

31 Comisión Experta, Sesión N° 12, 4 de abril de 2023. Disponible en: https://www.youtube.com/live/HJfo1EFNrb8?si=0O5deDKwRYtv8i8X

32 Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos, Sesión N° 6, 11 de abril de 2023. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/admisibilidad/verDoc.aspx?prmID=4528&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION.

la naturaleza jurídica de la inaplicabilidad. El ministro Miguel Ángel Fernández respondió que lo planteado en la iniciativa de norma constitucional era un avance valioso, pero que requeriría de un cambio cultural en los jueces para asumir esa función. Agregó que, en general, los jueces eran reacios a participar de los procesos de inaplicabilidad para no exponerse a una eventual inhabilitación. Por su parte, la ministra María Pía Silva señaló que, para algunos ministros, entre los que ella se encontraba, la inaplicabilidad era un control normativo más que concreto, mientras que para otros ministros no lo era.

Los miembros de la Subcomisión presentaron enmiendas al texto aprobado en general. La más relevante fue incorporar una regla de competencia que describiera conceptualmente a la acción. Así, la enmienda 019/08 rezaba, en lo que interesa, que "La Corte acogerá la acción cuando se pruebe que, en las circunstancias concretas del caso, la afectación actual o inminente de un derecho o interés constitucionalmente protegido, sólo sea remediable mediante la declaración de inaplicabilidad del precepto legal impugnado"[33].

Durante la discusión particular, en la sesión N° 13 de la Subcomisión, celebrada el 4 de mayo de 2023[34], se consultó a los académicos invitados a la sesión sobre la redacción de esta norma. Javier Couso y Tania Busch manifestaron que el control concreto distorsionaba la relación que existía entre la acción de inaplicabilidad y la de inconstitucionalidad, de manera tal que el modelo no quedaba bien resuelto, deviniendo en incoherente. La profesora Busch agregó importantes reparos a la voz "pruebe" e "interés constitucionalmente protegido" contenidos en la enmienda, argumentando que el primer vocablo podía tener una acepción que llevara a la Corte Constitucional a entrar al examen de los hechos, invadiendo las atribuciones del juez del fondo; y, por su parte, la segunda expresión, podría restringir el control de constitucionalidad a solo algunas normas constitucionales, excluyendo otras, lo que abría un espacio de incertidumbre. Finalmente, Patricio Zapata, destacó la necesidad de distinguir las competencias del juez de inaplicabilidad y el juez del fondo, pero puntualizó que la enmienda 019/08 no dejaba claro si la regla de competencia ahí señalada era un criterio para la decisión de fondo o para la decisión de admisibilidad. Agregó que prefería la redacción del texto vigente, porque la innovación que se introducía establecía un criterio de

33 Informe Final de la Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos, 10 de mayo de 2023. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/05/INFORME-FINAL-SUBCOMISION-FUNCION-JURISDICCIONAL-Y-O-RGANOS-AUTONOMOS.pdf

34 Sesión N° 13, Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos, 4 mayo de 2023. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/admisibilidad/verDoc.aspx?prmID=4664&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

deferencia al legislador que a su juicio no se condecía con la lógica que subyace a la acción de inaplicabilidad. Además, aseguró que no contribuía a coordinar las competencias entre el juez del fondo y el de inaplicabilidad, porque esa coordinación funcionaba bien cuando era tácita, lo que permitiría, entre otros elementos, que el juez del fondo pudiera atenuar efectos inconstitucionales de un precepto legal. Con la norma propuesta, el juez del fondo no podría hacer, en su opinión, justicia, quebrando el equilibrio del sistema.

En la sesión N° 14, de 5 de mayo de 2023, José Manuel Díaz de Valdés también se refirió a la inaplicabilidad, afirmando que le parecía mejor permitir tanto un control abstracto como concreto dentro de la inaplicabilidad. A mayor abundamiento, manifestó que el problema principal es la frase "solo sea remediable por la declaración de inaplicabilidad", puesto que podría producir problemas, por ejemplo, en la impugnación de decretos, los que pueden impugnarse por ilegalidad, por vía de protección y por inconstitucionalidad en vía de inaplicabilidad[35].

En la sesión N° 16, de 8 de mayo de 2023, los comisionados discutieron en particular sobre las enmiendas presentadas, momento en que se señaló que el objetivo de la enmienda 19/08 era "complementar o describir de mejor manera el control concreto de la inaplicabilidad y, además, reordenar ciertas frases del texto aprobado en general por la Comisión Experta" [36], proponiéndose puntos semánticos y de redacción de texto. Así, la enmienda 19/08 fue retirada por sus autores y sustituida por otra de unidad de propósito, la 33/08, que fue aprobada por unanimidad. En ella, se reelaboraba la regla de competencia de la siguiente forma: "El requirente deberá acreditar, en las circunstancias concretas del caso, un vicio de inconstitucionalidad que sólo sea subsanable mediante la declaración de inaplicabilidad del precepto legal" [37]. Y así fue aprobada por el Pleno de la Comisión Experta.

Como se puede observar, se sustituyó el verbo "probar" por "acreditar", e "interés constitucionalmente protegido" por "vicio de inconstitucionalidad" -expresión amplia que utiliza la LOTC-, acogiendo la observación de la profesora Busch. Con ello, se quiso enfatizar que la fundamentación plausible del requerimiento

35 Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónonos, Sesión N° 14, 5 de mayo de 2023. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/admisibilidad/verDoc.aspx?prmID=4663&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

36 Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónonos, Sesión N° 16, 8 de mayo de 2023. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/admisibilidad/verDoc.aspx?prmID=4666&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

37 Informe Final de la Subcomisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos, 10 de mayo de 2023. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2023/05/INFORME-FINAL-SUBCOMISION-FUNCION-JURISDICCIONAL-Y-O-RGANOS-AUTONOMOS.pdf

de inaplicabilidad se cumplía con un estándar de argumentación que demostrara que, con ocasión de las circunstancias concretas del caso, la aplicación del precepto legal producía un vicio de inconstitucionalidad no subsanable mediante una interpretación conforme con la Constitución -de competencia del juez del fondo- sino que con la intervención de la Corte Constitucional para inaplicar la hipótesis normativa concurrente al caso y así evitar que se verificara el vicio inconstitucional.

En cuanto a la relación entre las acciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, se mantuvo el modelo de la Constitución vigente, pero agregando que, en el caso de la inconstitucionalidad, debían examinarse todas las posibles aplicaciones del precepto legal. De esta forma, el control concreto quedaba circunscrito a un examen sólo de aquella aplicación posible del precepto legal, predeterminada por el caso concreto; mientras que en el control abstracto no existía tal restricción, por lo que todas las posibles aplicaciones debían ser examinadas. Con ello, la conexión entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad estaba dada por la evidencia indiciaria de que, al existir una aplicación contraria a la Constitución, también lo podían ser todas sus aplicaciones.

El anteproyecto de la Comisión Experta fue posteriormente revisado por el Consejo Constitucional. En la sesión N° 20 de la Comisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos, celebrada el 11 de julio de 2023, se recibieron distintos invitados. Entre ellos el académico y ex ministro del Tribunal Constitucional, Juan José Romero. En su opinión, la exigencia al requirente de acreditar que el vicio de inconstitucionalidad sólo sea subsanable mediante la declaración de inaplicabilidad del precepto legal, imponía un obstáculo muy difícil de superar. Por ello, propuso entregar la facultad de fijar la interpretación conforme del precepto legal con la Constitución al Tribunal o Corte Constitucional, siendo obligatoria para el juez de la gestión pendiente[38].

Por su parte, el académico José Manuel Díaz de Valdés, en la sesión N° 23 de la Comisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos, coincidió con que la exigencia que se le imponía al requirente de inaplicabilidad era innecesaria, por ser difícil de cumplir con cierta objetividad[39].

La Comisión aprobó una enmienda de unidad de propósito, la 3/8, en que se

38 Comisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos, Sesión N° 20, 11 de julio de 2023. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/consejoadmisibilidad/verDoc.aspx?prmID=5493&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

39 Comisión de Función Jurisdiccional y Órganos Autónomos, Sesión N° 23, 27 de julio de 2023. Disponible en: https://www.procesoconstitucional.cl/consejoadmisibilidad/verDoc.aspx?prmID=5496&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

sustituyó la regla que se comenta por la siguiente: "El Tribunal acogerá la acción si, en las circunstancias concretas del caso, existe un vicio de inconstitucionalidad que sea subsanable mediante la declaración de inaplicabilidad del precepto legal". Esta misma redacción fue aprobada por el Pleno del Consejo Constitucional.

De acuerdo al itinerario trazado para el proceso constitucional, el proyecto aprobado por el Consejo Constitucional fue revisado por la Comisión Experta. En esa instancia, se presentaron dos observaciones espejo, la 15/10 y la 16/10, que fueron votadas en conjunto y aprobadas por unanimidad. Ellas proponían un nuevo párrafo segundo para el literal d) que reordenaba sus oraciones, trasladando al final del párrafo la regla bajo análisis y modificando su redacción a la siguiente: "El Tribunal acogerá la acción si, en las circunstancias concretas del caso, existe un vicio de inconstitucionalidad que sea subsanable mediante la declaración de inaplicabilidad". De esta forma, (i) se esclarecía que se trataba de una regla para el pronunciamiento de fondo de la acción, y no un requisito de procesabilidad de cargo del requirente; (ii) que el examen de inaplicabilidad estaba necesariamente ligado a las circunstancias concretas en base a las cuales se fijaba la aplicación del precepto legal; y (iii) que el vicio tenía que ser remediable mediante la acción de inaplicabilidad y, por lo mismo, si era posible que fuera remediado por el juez del fondo, entonces la competencia debía declinarse en favor de este último.

Comparado

Iniciativa de norma constitucional	Propuesta Subcomisión/ Texto aprobado por Comisión Experta.	Propuesta Comisión/Texto aprobado por Consejo Constitucional	Texto con observaciones Comisión Experta/Texto final aprobado por Consejo Constitucional
Artículo 159. b) Resolver, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución. Corresponderá a cualquiera de las salas de la Corte declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución del asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. La cuestión podrá ser planteada ante la Corte por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Para el caso en que la cuestión sea planteada por alguna de las partes, el juez de la gestión podrá informar acerca de la aplicación decisiva del precepto legal, lo que en todo caso no obstará para su admisión a trámite y admisibilidad. El juez de la gestión tendrá siempre la atribución de ser oído en cualquier etapa del proceso de inaplicabilidad.	Artículo 159. d) Resolver, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución. Corresponderá a cualquiera de las salas de la Corte Constitucional declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución del asunto, y que la impugnación esté fundada razonablemente. El requirente deberá acreditar, en las circunstancias concretas del caso, un vicio de inconstitucionalidad que sólo sea subsanable mediante la declaración de inaplicabilidad del precepto legal. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Respecto de la suspensión, el juez de la gestión pendiente tendrá siempre la atribución de ser oído en cualquier etapa del proceso de inaplicabilidad. La cuestión podrá ser planteada ante la Corte Constitucional por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Para el caso en que la cuestión sea planteada por alguna de las partes, el juez de la gestión podrá informar acerca de la aplicación decisiva del precepto legal, lo que en todo caso no obstará para su admisión a trámite y admisibilidad.	Artículo 169. d) Resolver, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal Constitucional declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución del asunto y que la impugnación esté fundada razonablemente. El Tribunal acogerá la acción si, en las circunstancias concretas del caso, existe un vicio de inconstitucionalidad que sea subsanable mediante la declaración de inaplicabilidad del precepto legal. Respecto de la suspensión, el juez de la gestión pendiente tendrá siempre la atribución de ser oído en cualquier etapa del proceso de inaplicabilidad. Acogido a trámite el requerimiento, se ordenará la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Dictada la suspensión, el juez de la gestión pendiente, así como las demás partes tendrán siempre la atribución de ser oídos en cualquier etapa del proceso de inaplicabilidad a fin de revocar dicha suspensión. La cuestión podrá ser planteada ante el Tribunal Constitucional por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Para el caso en que la cuestión sea planteada por las partes, el juez de la gestión podrá informar acerca de la aplicación decisiva del precepto legal, lo que en todo caso no obstará para su admisión a trámite y admisibilidad.	Artículo 173 d) Resolver, por la mayoría de sus integrantes en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en una gestión pendiente que se siga ante un tribunal ordinario o especial resulte contraria a la Constitución. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal Constitucional declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto[1] y que la impugnación esté fundada razonablemente. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. Respecto de la suspensión, el juez de la gestión pendiente y las partes tendrán siempre la atribución de ser oídos en cualquier etapa del proceso de inaplicabilidad. El Tribunal acogerá la acción si, en las circunstancias concretas del caso, existe un vicio de inconstitucionalidad que sea subsanable mediante la declaración de inaplicabilidad. La cuestión podrá ser planteada ante el Tribunal Constitucional por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Para el caso en que la cuestión sea planteada por las partes, el juez de la gestión podrá informar acerca de la aplicación decisiva del precepto legal, lo que en todo caso no obstará para su admisión a trámite y admisibilidad.

Fuente: Elaboración propia.

1 En el texto final aprobado por el Consejo Constitucional se modificó la frase "del asunto" por "de un asunto", manteniendo la redacción de la constitución vigente, con el objeto de no excluir de la inaplicabilidad a las leyes ordenatoria litis.

5. Conclusión

Tanto en el proceso constitucional de 2022 como en el de 2023 hubo un esfuerzo normativo por abordar una cuestión teórica y práctica que ha sido la nota característica del funcionamiento del control represivo de la ley y, específicamente, la coordinación de competencias entre el juez de inaplicabilidad y el de la gestión pendiente. La problemática se reduce a tratar de resolver qué es el control concreto y cómo se diferencia de un control de tipo abstracto. Este es un asunto que no ha podido resolver ni la doctrina, ni la jurisprudencia. Mientras la primera ha apuntado a identificar el problema, a la segunda le han faltado elementos teóricos para poder orientar adecuadamente el ejercicio de la atribución de inaplicación.

La propuesta 2023 hizo un esfuerzo significativo por tratar de aportar elementos normativos para la construcción de una teoría del control concreto de constitucionalidad de la ley. En síntesis, la regulación propuesta postulaba que la diferencia entre el control concreto y el control abstracto estaba dada por el alcance del objeto de control: en la inaplicabilidad se controla sólo una hipótesis normativa del precepto legal -determinada por el caso concreto como elemento hermenéutico del precepto legal- mientras que en el control abstracto se controlan todas las hipótesis aplicativas del precepto legal; o, lo que es lo mismo, se controla el precepto mismo sin referencia a un caso determinado. Esta conceptualización entronca con la historia constitucional de la institución jurídica, y su análisis crítico podría servir para enriquecer el actual debate sobre la interpretación del artículo 93 N° 6 de la Constitución Política vigente.

NUEVO TEXTO CONSTITUCIONAL PROPONE: FUERTE MODERNIZACIÓN DEL PODER JUDICIAL.

Hernán Larraín Fernández[1]

Resumen

Este artículo realiza un análisis de la necesidad de modernizar y reformar nuestro Poder Judicial a partir de un crudo diagnóstico de su funcionamiento institucional y de la percepción ciudadana del acceso a la justicia y de la respuesta que esta entrega a través del sistema judicial. La modernización se aborda en tres dimensiones: la de los avances y reformas introducidas o pendientes de hacerlo en el área procesal; la que dice relación con los cambios que se deben efectuar en el Gobierno Judicial; y, finalmente, de la forma cómo se actualiza y se hace efectivo el derecho de acceso a la justicia. Este análisis se realiza tomando como base la historia reciente de nuestro país, pero muy especialmente las propuestas contenidas en el texto constitucional que surge como resultado del trabajo efectuado en el Proceso Constitucional 2023, en la formulación final que propone su Consejo Constitucional, a partir del texto que formulara previamente la Comisión Experta. Se sostiene que existen innovaciones profundas y de alto significado que fortalecerán seriamente el funcionamiento institucional de la Justicia y del Poder Judicial.

1. ¿Diagnóstico del Poder Judicial

Un diagnóstico transversal del Proceso Constitucional ha sido la necesidad de una renovación del Poder Judicial. Hace mucho que se ha puesto en duda la afirmación de que en Chile las "instituciones funcionan", y esta rama del Estado ha

1 Abogado y profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, LL.M. The London School of Economics and Political Science, miembro de la Comisión Experta del Proceso Constitucional. Correo: hernanlarrainf@gmail.com. El autor agradece la colaboración para este artículo del abogado Arturo Hasbún Nazar.

sido fuertemente cuestionada. Esta situación es de mucha relevancia dado el rol fundamental que el buen trabajo de la Justicia tiene para la solidez de un Estado de derecho y el debido resguardo que supone como sustento de toda democracia.

En enero de este año, solo un 32% de la población aprobó el trabajo realizado por los Tribunales de Justicia, según la encuesta Plaza Pública CADEM, esto es solo un 7% por sobre el Congreso. En febrero, la encuesta Pulso Ciudadano reflejó que la labor del "Poder Judicial y sus tribunales" tiene una aprobación de un 10,2% y una desaprobación de un 77,5%, misma encuesta que situó a la "Justicia y al Sistema Judicial" en el número 13 de los principales problemas señalados por los chilenos, esto es, un lugar por debajo del problema de la corrupción y uno arriba de los problemas de vivienda. Por su parte, la encuesta del Centro de Estudios Públicos (CEP), en su edición de junio-julio de este año, arrojó que solo el 16% de los chilenos tiene mucha o bastante confianza en los Tribunales de Justicia.

Estas cifras ayudan a caracterizar una clara distancia ciudadana respecto de quienes administran justicia. Sin embargo, discutibles se tornan las causas del malestar y la mala percepción de los chilenos respecto al Poder Judicial, entre las que se pueden considerar:

1.1 Falta de acceso a la justicia

Un estudio efectuado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de 2015 acerca de las necesidades de atención judicial de las personas, reveló que en el año anterior a la investigación, un 44,5% de los entrevistados afirmaron haber experimentado necesidades jurídicas, y que quienes acudieron al sistema mostraron un 43% de insatisfacción por la respuesta recibida. Ello fue corroborado por el Informe Final efectuado por la Corporación Administrativa del Poder Judicial (CAPJ) de su publicación del 29 de diciembre de 2020, actualizado el 2021, que confirma que, entre la gente, los problemas justiciables son generales y frecuentes, que les impacta negativamente en su vida, que la mayoría no busca asistencia legal y que existen barreras legales que impiden el acceso a la justicia.

Entre las barreras legales existentes se destaca el desconocimiento de las personas de que sus problemas tienen soluciones posibles; que cuando lo saben, muchos no se sienten empoderados para acudir a las instancias correspondientes; y cuando sí están dispuestas a proceder, carecen de los medios para actuar y utilizar las herramientas disponibles.

1.2 Justicia lenta

Lo anterior se acrecienta debido a las largas demoras que experimentan los ciudadanos que acuden a los tribunales ordinarios de justicia. En una sociedad en que el tiempo se considera el bien más escaso, es incomprensible que el promedio de duración de un recurso ante la Corte de Apelaciones de Santiago sea de 154 días; plazo que aumenta a 616 días en caso de recursos de casación, según cifras del mismo Poder Judicial. Lo anterior se ha reflejado, por ejemplo, en que ya en 2010 una encuesta del CEP señaló que un 70% de la población considera que "los tribunales son demasiado lentos". Para las personas, esta falta de oportunidad de acceder a la justicia equivale a una denegación de la misma.

Como se verá más adelante, el legislador se ha esforzado por establecer plazos acotados para la solución de las controversias por los jueces, pero estos plazos son simplemente olvidados debido a la sobrecarga de trabajo jurisdiccional y no jurisdiccional que tienen los magistrados.

1.3 Gobierno judicial: confusión de lo jurisdiccional y de lo no jurisdiccional

Un problema de larga data dentro del Poder Judicial es su estructura rígida y fuertemente centralizada y jerarquizada en una Corte Suprema con la superintendencia directiva, correccional y económica sobre todos los tribunales de la Nación. En efecto, los ministros supremos no solo se dedican a conocer y juzgar los asuntos de su competencia, sino que deben dedicar extensas jornadas en nombrar jueces, funcionarios e incluso integrantes de órganos de la Administración del Estado; en administrar recursos económicos y tecnológicos desde la CAPJ; en colaborar con la formación de jueces y el funcionamiento de la Academia Judicial, y en revisar y juzgar las faltas disciplinarias dentro del magisterio. A lo anterior se pueden sumar diversas actividades, como participar en las ceremonias semanales de juramento de todos los nuevos abogados del país, y de distintas ceremonias de Estado a las que se les pueda invitar.

Como advirtió el ministro Juan Eduardo Fuentes Belmar ante el Proceso Constitucional, como presidente de la Excelentísima Corte Suprema, debe firmar centenares de resoluciones al día, lo cual no le permitía juzgar como corresponde. Lo mismo ocurre a escala local en las Cortes de Apelaciones. De esta forma, quienes cuentan con formación para resolver conflictos jurídicos, simplemente no tienen tiempo efectivo para dedicarle a su oficio en favor de las personas, debiendo distraerse en labores más propias de una oficina de recursos humanos. Por lo mismo es que en ambos procesos constitucionales, la Corte Suprema ha solicitado un nuevo diseño del Poder Judicial, en que se distingan las funciones jurisdiccionales

y no jurisdiccionales o administrativas, generándose dos propuestas distintas para rediseñar su estructura, que se analizarán más adelante.

1.4 Activismo judicial[2]

Si bien hay discusión respecto al sentido y alcance del término, José Francisca García y Sergio Verdugo explican que mediante el activismo judicial "los jueces se transforman en defensores de causas que se estiman como convenientes y que (según sus subjetivas opiniones personales) no están siendo satisfechas por el sistema político"[3]. Efectivamente, en Chile se ha dado una parálisis del sistema político, que ha llevado a que muchos problemas intenten ser resueltos por la magistratura, en un verdadero gobierno de los jueces.

El caso más claro se ha dado respecto de las Isapres. Ya en 2010, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales ciertas normas relativas a la regulación de las tablas de factores para la fijación de precios de los planes. Esto llevó a que estas instituciones quedaran sin un marco legal claro que les permitiera alzar o adecuar dichos planes. Por lo mismo, año a año las Isapres intentaron subir su valor sin una regulación al respecto, a lo que se les respondió con miles de recursos de protección contra las alzas, ordenando congelar los precios. Solo en 2020, más de 208 mil causas de protección en contra de Isapres fueron conocidas por las diecisiete cortes de apelaciones del país. El golpe final lo daría la Tercera Sala de la Corte Suprema, que reaccionó a la oleada de recursos de protección decidiendo rayar la cancha de manera definitiva a los precios en la salud, mediante tres sentencias de noviembre de 2022, en que la Corte Suprema ignoró las restricciones legales respecto a que las sentencias sólo pueden afectar a las partes de un juicio (el llamado "efecto relativo de las sentencias"), para resolver: "esta Corte deberá declarar como ilegal y arbitrario el hecho de mantener su vigencia [de las tablas de factores] con carácter general para todos los contratos individuales de salud que administra". A esto se sumó una sentencia del 10 de agosto de 2023, en que se reguló el alza de los precios de los planes según el alza de la "prima GES". La repercusión de estos fallos con efectos generales está escalando al punto de que varias aseguradoras han advertido que una aplicación estricta de ellos las llevaría a la quiebra y a un eventual colapso del sistema privado y público de salud.

Otros casos de activismo judicial hacen más concretos los intentos de implementar políticas públicas desde la judicatura: en 2021 la Tercera Sala ordenó que el

2 Para mayor información sobre activismo judicial, se sugiere revisar: Fjguzman.cl, Los atentados del activismo judicial, 4 de octubre de 2023.

3 *La Tercera*, Los peligros del activismo judicial, 1 de septiembre de 2013.

Servel adoptara las medidas necesarias para que las personas privadas de libertad pudieran sufragar; y en 2018 se ordenó al Registro Civil celebrar un matrimonio civil entre extranjeros indocumentados, pese a prohibición legal expresa, argumentando un "derecho al matrimonio" establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos. Un caso más sensible lo constituyen las solicitudes de financiamiento de medicamentos de alto costo. Saltándose toda la institucionalidad del Ministerio de Salud, la Superintendencia de Salud y la Ley Ricarte Soto, los tribunales de forma creciente han exigido al Estado pagar medicamentos de alto costo cuya efectividad no ha sido corroborada en Chile. Esto es preocupante, debido a que los tribunales no son expertos en salud, ni políticas públicas o gestión de recursos, por lo que es incorrecto que ellos determinen la forma de asignar presupuestos y recursos que son escasos en el área de la salud. Para dimensionar el problema, para el 2023, el Ministerio de Salud tuvo que contemplar un presupuesto para "contingencias judiciales" por medicamentos de alto costo de casi $23 mil millones de pesos. Los mismos recursos podrían haberse invertido de mejor manera, por profesionales y autoridades de la salud, y no por jueces que son expertos en derecho.

En el fondo, los jueces, siguiendo sus ideales personales, han desatendido la ley para "hacer justicia" según sus propias convicciones de lo justo, vulnerando el principio de legalidad y juridicidad, que es un mínimo en el Estado de derecho. En el intertanto, han obviado la separación de poderes, que exige que sean los colegisladores los que establezcan políticas públicas, debido a su legitimidad democrática para establecer normas con alcance general. Lo anterior va generando agentes públicos que, bajo la excusa de aplicar principios generales del Derecho, o derechos abstractos de tratados internacionales o la Constitución, se saltan la ley, para sentenciar lo que ellos consideran correcto, provocando inestabilidad institucional. Esta situación configura una realidad que generará problemas a largo plazo, ya que si hoy los jueces incumplen la ley, ¿cómo se puede exigir mañana obediencia ciudadana a la misma?

1.5 Corrupción

La transparencia y probidad han sido temas muy sensibles para la ciudadanía, que ha reaccionado duramente contra cualquier abuso en la función pública. El caso más preocupante en torno al Poder Judicial se reveló a fines de 2018, en el caso denominado "Desastre de Rancagua", en el cual se abrieron investigaciones por tráfico de influencias respecto de los ministros de la respectiva Corte de Apelaciones y el Fiscal Regional.

Lo último tendría un gran impacto sobre la opinión pública, lo cual se reflejó en el Estudio Nacional de Transparencia y Protección de Datos Personales realizado por el Consejo para la Transparencia en 2019, que señaló que el Poder Judicial es visto como el quinto organismo público con mayor nivel de corrupción en el país (después del Congreso Nacional, los ministerios o servicios del Gobierno, Carabineros y los Municipios).

El problema de la corrupción en la judicatura ha sido analizado por la doctrina, y se ha señalado que factores que favorecen espacios para la corrupción judicial incluyen "la ausencia de normas de conducta funcionaria claras y debidamente fiscalizadas; la confusión de actividades administrativas con las judiciales; la falta de capacidad de control de los jueces, debido a una gran carga de trabajo y responsabilidades; una estructura jerárquica rígida; la falta de independencia presupuestaria; la inexistencia de sanciones eficaces; la carencia de alternativas al sistema público de tribunales; falta de control social e institucional, y finalmente, una aún pequeña priorización de estos problemas en la agenda pública nacional"[4].

A lo anterior, se suman críticas de nepotismo y autogeneración dentro del Poder Judicial, debido al sistema de nombramiento actual. Por último, las acusaciones son aún más graves respecto al funcionamiento y nombramiento de los auxiliares de la administración de justicia (especialmente de notarios, conservadores de bienes raíces y archiveros), debido a conocidos escándalos en que se han involucrado algunos ministros de fe.

1.6 Falta de coordinación institucional

Por último, un problema orgánico importante en el sistema chileno, es que pese a que tenemos un ordenamiento con unidad de jurisdicción, intervienen demasiados organismos en la administración de justicia. Así, por lo menos se puede mencionar al Ministerio Público (autónomo constitucionalmente); al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (de quien depende la Defensoría Penal Pública, las Corporaciones de Asistencia Judicial y los Centros de Atención Integral a Víctimas); al Ministerio del Interior y Seguridad Pública, bajo quien actúan las policías (Carabineros y PDI) y su Programa de Apoyo a Víctimas; a los tribunales ordinarios de justicia (que integran un Poder Judicial independiente); a tribunales que no dependen de la Corte Suprema (como el Tribunal Constitucional, el Tribunal Calificador de Elecciones y los tribunales electorales regionales); al Congreso Nacional; y los auxiliares de la administración de justicia.

4 Leturia, Francisco y Caviedes, Cristóbal, "Poder Judicial en Chile. Percepción de Corrupción y Deficiencias Estructurales", en Serie informe justicia, (Libertad y Desarrollo), 2012, p. 5.

Todos estos organismos naturalmente generan confusión en la población respecto al rol que cada institución debe cumplir. Asimismo, su diversa jerarquía, forma de funcionamiento y dependencia hace que se pierda una necesaria coordinación entre ellos y entre sus distintos sistemas de información, generando ineficiencias en el sistema y aumentando la desconfianza de las personas.

2. Ejes centrales de la Modernización del Poder Judicial

El crudo aunque somero análisis respecto de la difícil situación que arrastra el Poder Judicial desde hace décadas, ha encontrado eco en los diversos ambientes interesados, léase judicial, profesional y académico, y ha movido a las autoridades –con distinta intensidad- a efectuar cambios significativos en él.

Hay tres ámbitos donde se han dado, y se siguen dando, estas transformaciones:

a) En las reformas a los procedimientos que se siguen ante los tribunales;
b) En los cambios al Gobierno Judicial; y
c) En el acceso a la justicia.

2.1 Reformas procesales

El primero y más exitoso de los caminos de transformación que han tenido lugar en estos años ha sido la introducción de profundas reformas a los procedimientos judiciales que tienen lugar en los tribunales. Este proceso se inició con la aprobación por el Congreso Nacional de la iniciativa de Reforma Procesal Penal (RPP) presentada en su momento por el Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle en 1997, que impulsaba un nuevo Código Procesal Penal cuyo objetivo central era el cambio del sistema de procedimiento en las causas judiciales penales de naturaleza inquisitiva, por uno acusatorio, en el que se dividen las funciones de investigar, procesar y dictar sentencia en esas causas en distintas instituciones, terminando con la figura del juez instructor.

La modificación trajo consigo cambios orgánicos en los tribunales penales, creándose los jueces de garantía para asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, y los tribunales orales, de integración colegiada, para fallar los casos que le eran sometidos a su conocimiento una vez formulada una acusación. Para la investigación de los hechos constitutivos de delito se creó el Ministerio Público, con fiscales que tienen el monopolio de la persecución penal y de la eventual acusación, según los hallazgos de dicha indagación. En defensa de los imputados y para asegurar procesos ecuánimes, se crea la Defensoría Penal

Pública, que asume la representación judicial de quienes sean objeto de investigación por su eventual participación en el delito investigado.

El nuevo procedimiento se funda en nuevos principios inspiradores:

· Principio acusatorio, que procura separar las funciones del juez y las del Ministerio Público, dejando en el primero la tarea de velar por el derecho de las personas al debido respeto de las garantías constitucionales, incluyendo el principio de presunción de inocencia y el derecho a defensa; mientras que el Ministerio Público efectúa en forma autónoma y objetiva la investigación de los hechos en cuestión y la eventual responsabilidad de los imputados, con el auxilio directo de las policías.

· Principio de autonomía, bajo el cual actúan quienes participan en el proceso: el juez, el fiscal y el defensor público.

· Principio de debido proceso, que reformula los aspectos centrales que inspiran todo procedimiento, incluyendo la igualdad entre el imputado y el fiscal; la bilateralidad de la audiencia; publicidad de las pruebas presentadas, entre otros.

· Principio de concentración, en virtud del cual las actuaciones del proceso se deben efectuar, en la medida de lo posible, en una sola audiencia, de forma continuada.

· Principio de oralidad, que implica el término de las actuaciones por escrito, estableciendo así la oralidad en ellas, lo cual hace posible la inmediación, facilitando la acción de los jueces.

· Principio de oportunidad, el que procura un uso eficiente de los recursos, abriendo posibilidades diversas de término del procedimiento según su avance, que van desde el archivo provisional de la causa, la orden de no perseverar, los acuerdos reparatorios o las salidas alternativas, entre otras, tendientes a una mayor eficiencia y mejor uso de los escasos recursos en el sistema judicial.

Esta reforma se empieza a aplicar el 2000 y termina su implementación el 2005. Ella será fuente inspiradora de otras reformas procesales que le siguieron, cuyos

procedimientos estarán inspirados en los de la RPP. Así tendremos la reforma a la Justicia de Familia en 2004, que mantiene criterios de la RPP, y la Reforma a la Justicia del Trabajo iniciada el 2005, similar a la de familia y por ende siguiendo la línea marcada previamente por la RPP. De igual modo cabe considerar la Reforma a la Justicia Penal Juvenil, inspirada en los mismos principios mencionados, que se aprobó el 2005 y entró en vigencia el 2007.

Sin embargo, este proceso reformista no tuvo continuidad en lo principal, a saber, en la reforma procesal civil, que sigue durmiendo el sueño de los justos. Se presentó un proyecto de ley en la primera Administración del Presidente Sebastián Piñera, en 2012, que establecía el Código Procesal Civil y que fuera aprobado por la Cámara de Diputados, pero cuya tramitación legislativa se paralizó en el Senado el 2014 por falta de desarrollo de la parte orgánica, cuestión fundamental para hacer viable el nuevo procedimiento diseñado por el proyecto y, especialmente, porque carecía de informe financiero, lo cual significaba que este era un ejercicio meramente teórico, al carecer de recursos para su implementación, de ser aprobado el nuevo código.

Así, durante la segunda Administración del Presidente Piñera, en junio de 2021, se presentaron indicaciones del Gobierno al Senado respecto al texto de Código Procesal Civil despachado por la Cámara, y en marzo de 2022 ingresaron a trámite legislativo dos proyectos de ley adicionales que completan la Reforma Procesal Civil: uno que modifica el Código Orgánico de Tribunales, para hacer posible las reformas contenidas en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil, con su debido informe financiero; y uno que establece la Mediación Civil y Comercial.

Estas reformas modernizan los procedimientos civiles conforme a los nuevos principios que han inspirado los cambios procesales en Chile y a nivel internacional: establece juzgados reformados con centros de mediación, crea una unidad que ejecuta los procesos administrativos (p. ej. cobranzas), reduce plazos y costos para los litigantes e introduce medios tecnológicos para agilizar los procesos. Lamentablemente, ha tenido muy escasos avances, pero las ideas sustantivas de cambios y transformaciones están ahí, representando el trabajo de dos décadas de estudios y análisis hechos por jueces, abogados y académicos, y su aprobación cerraría la modernización procesal en el país, facilitando el desarrollo y acceso a la justicia en Chile. Esta desidia legislativa solo confirma que fortalecer el acceso a la justicia no tiene mucha prioridad para el legislador.

2.2 Cambios en el Gobierno Judicial

Sin lugar a dudas, una de las materias más cuestionadas en mucho tiempo ha sido la estructura y funcionamiento del Gobierno Judicial. Nuevamente, la crítica generalizada apunta a una organización ineficaz que le impide el desempeño correcto de sus funciones jurisdiccionales, le resta independencia a los jueces e involucra a los integrantes de los tribunales superiores (Corte Suprema y Cortes de Apelaciones) en decisiones políticas y administrativas, en asuntos como los nombramientos, las funciones disciplinarias, de gestión de recursos y de formación de jueces. La raíz de este problema apunta, como mencionáramos previamente, a la confusión de las tareas jurisdiccionales con las no jurisdiccionales, derivadas de la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. Aquí se encuentra la raíz de los déficits que presenta actualmente el Poder Judicial y la justificación de la percepción de su mal funcionamiento que tiene ante la ciudadanía, según describiéramos previamente.

Esta competencia (de superintendencia), instaurada hace 200 años (Constitución de 1823), tenía justificación en una estructura judicial simple, con pocos jueces y escasos funcionarios judiciales, para una población del país más de diez veces menor. Hoy la realidad es otra, una que desborda la capacidad de los ministros de ejercer la tarea que le es propia en la Corte y al mismo tiempo la de administrar un frondoso aparato. Es importante recordar la magnitud del Poder Judicial: está integrado por la Corte Suprema, 17 Cortes de Apelaciones y 448 juzgados de primera instancia; el escalafón de jueces suma sobre 2.000 integrantes; el total de miembros de este poder es de 13.867 personas, de las cuales el 58,5% son mujeres y el 41,5% son hombres. Esta última distribución es menor en los tribunales superiores, pero en éstos la brecha se ha reducido sistemáticamente: en las Cortes de Apelaciones el porcentaje de mujeres alcanza hoy al 46,4% y en la Corte Suprema es de 40%. El presupuesto actual que maneja el Poder Judicial alcanza los 640 billones de pesos, que son administrados por la CAPJ, que cuenta con 1.160 funcionarios. Esta configuración confirma la necesidad de generar un nuevo sistema de gestión y funcionamiento que divida las funciones, termine con la superintendencia y de lugar a un renovado Gobierno Judicial.

Lo avala además la pérdida de independencia de los jueces en su labor, conocida como independencia interna. Todo el mundo está consciente de que en el trabajo de los tribunales no debe existir interferencia externa de otros poderes públicos, como tampoco de naturaleza política, económica, religiosa o de cualquier índole. Los jueces deben conocer y resolver con entera libertad, conforme a la Constitución y las leyes. Sin embargo, internamente, no existe la misma

independencia cuando un juez es nombrado por sus superiores, que son los mismos que fallan sus recursos, los evalúan y ejercen la potestad disciplinaria sobre ellos. En tal situación, su libertad e independencia para resolver se ve objetivamente amenazada. Estas son en parte las tareas no jurisdiccionales que se busca separar de lo jurisdiccional, para así fortalecer la independencia de los jueces y asegurar una gestión eficaz.

La respuesta que se ha tenido a la vista por expertos y jueces, así como en el ámbito internacional, ha conducido a la creación de Consejos de la Justicia o de la Magistratura para hacerse cargo de lo no jurisdiccional, dejando la función jurisdiccional en los tribunales de justicia, separando así ambas tareas. Este modelo surgió en Europa a finales de la década de 1940, extendiéndose a otras naciones europeas y luego, desde los setenta, en América Latina. Inicialmente se constituyen estos consejos para efectuar los nombramientos judiciales, pero gradualmente van asumiendo nuevas funciones, absorbiéndolo todo. Eso ocurrió así en nuestra región casi desde el primer día, para luego generalizarse con el correr del tiempo. Incluso en Chile se intentó luego de muchos años que jueces y académicos lo impulsaran. Ello ocurrió en el texto constitucional que elaboró y propuso la Convención Constitucional 2021-2022, el que incorporaba un Consejo de la Justicia lleno de atribuciones en todos los ámbitos de la actividad del Poder Judicial que no fuera el ejercicio directo de la jurisdicción, aunque sometía incluso a evaluación la gestión del juez en forma periódica, lo que muchos leyeron como una interferencia directa a la independencia judicial. Esta propuesta fue duramente criticada por la opinión pública y por la Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (o Comisión de Venecia), por crear un consejo integrado por una mayoría de miembros que no eran jueces, y que tenían un origen predominantemente político. Por lo mismo, siguió la suerte del texto plebiscitado en septiembre de 2022, que alcanzó un rotundo rechazo ciudadano, superior al 62%.

Pasadas ya algunas décadas de funcionamiento de estos consejos, la evaluación es dispar sobre sus resultados, aunque hay coincidencia de que se prestan para la politización de la Justicia, para que asuman el control de ella los gremios, configurando una situación de corporativización de este Poder. Finalmente, se acusa un exceso de burocracia que le resta efectividad al funcionamiento de los tribunales. Existe amplia literatura al respecto y muchos consideramos que este no es un buen camino para Chile, y que es necesario innovar al respecto.

La apertura de un nuevo proceso constituyente el 2023 ha permitido elaborar un nuevo diseño. Se trata de un esfuerzo muy profundo y completo de transformación en procura de subsanar las críticas antes referidas. Este incluye cambios

respecto de lo que se debe entender como lo esencial de la labor jurisdiccional; una revisión de los conceptos y principios que definen la función del juez; el fortalecimiento del rol de la Corte Suprema en el espacio jurisdiccional, con el término de la superintendencia que ha estado bajo su control, entregándola a órganos autónomos que la asumen sin actuar bajo el control de dicha Corte. De esta formas, se organiza de un modo innovador, aunque de continuidad respecto a diversas instituciones que ya existen, estas labores dentro del ámbito de la judicatura.

Los rasgos esenciales de estas nuevas definiciones contenidas en el capítulo IX del texto aprobado por el Consejo Constitucional (siguiendo una propuesta elaborada por la Comisión Experta, que al momento de escribir estas líneas aún no recibe la aprobación ciudadana), se pueden describir del siguiente modo:

A. Conceptos de la tarea jurisdiccional:
Se entiende que la función jurisdiccional es la de conocer y resolver los asuntos, causas y conflictos de relevancia jurídica, la que radica exclusivamente en los tribunales independientes e imparciales establecidos por la ley. Se agregan principios de la tradición constitucional, como la prohibición de que otros poderes interfieran en esta labor, la inexcusabilidad del juez para conocer una causa una vez requerido y la facultad de imperio para hacer cumplir sus fallos. Se agrega una exigencia de celeridad al desempeño judicial como un mandato a instalar una justicia oportuna.

Asimismo, se procura contener el activismo judicial, explicitando que "los jueces están sujetos a la Constitución y las leyes"; que no pueden ejercer potestades de otros poderes; y constitucionalizando que sus sentencias poseen efecto obligatorio relativo a las causas que conocen (salvo determinación legal).

Además, se intenta sumar probidad, transparencia y rendición de cuentas a la Justicia, con el objeto de establecer una justicia abierta, y se promueve la utilización del arbitraje y la mediación en la resolución de conflictos como una forma de incluir nuevas formas de acceso a la justicia de mayor horizontalidad, menor costo y mayor informalidad, siguiendo una tendencia que ya se ha ido desarrollando en el país y que es tendencia mundial.

B. Principios de la función judicial:
Se establecen y describen (apartándose en la forma como lo aborda la tradición constitucional chilena), los principios que regularán la tarea de los jueces, entre ellos la independencia, la imparcialidad, la responsabilidad, la inviolabilidad y la inamovilidad.

C. Definiciones de la Corte Suprema:
Se constituye a éste como el máximo tribunal nacional, cuya tarea es la de uniformar la jurisprudencia y garantizar la efectiva vigencia de los derechos y garantías constitucionales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Se establece la uniformidad de jurisdicción, dejando a todos los tribunales (salvo el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral) sujetos a su tarea unificadora.

Se instalan los Ministros Suplentes en reemplazo de los abogados integrantes en los tribunales superiores de justicia, cargos de dedicación exclusiva, a los que podrán postular abogados extraños a la Administración de Justicia.

D. Gobierno Judicial:
Finalmente, la mayor innovación se introdujo en el Gobierno Judicial:

· Se termina la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema y se crean en su lugar órganos con autonomía legal que se harán cargo de las principales funciones no jurisdiccionales, a saber: de los nombramientos de sus integrantes; de la gestión y administración de recursos; y de la tarea de formación y perfeccionamiento de los jueces y funcionarios judiciales. Además, se le otorga a los fiscales judiciales la potestad disciplinaria en la etapa indagatoria, correspondiéndoles la tarea de investigar las faltas disciplinarias de los jueces, y se crean Tribunales de Conducta para juzgar los casos que le presenten esos fiscales. Con ello se aleja esta atribución del ejercicio que en la actualidad detentan los superiores jerárquicos.

· La Corte Suprema deberá coordinar la tarea de los distintos órganos y velar por su funcionamiento, respetando su autonomía.

· El órgano encargado de los nombramientos judiciales estará integrado por 7 miembros:1 designado por el Presidente de la República, luego de un concurso público; 2 designados por el Senado, por tres quintos de sus integrantes en ejercicio y en votación única, luego de un concurso público. Con esta participación se le confiere realce a los poderes públicos que éstos representan en la investidura de los jueces. Adicionalmente, se designan para completar este consejo directivo, a 4 jueces sorteados de una nómina en la forma que se explica más adelante. Estos integrantes tendrán dedicación exclusiva, estarán sujetos a normas de lobby, probidad y transparencia, durarán 4 años en sus cargos y no podrán ser reelegidos, mientras que los

jueces que lo integran durarán solamente 2 años, sin reelección posible. Así se pretende evitar la cooptación de este organismo por cualquier persona o grupo de cualquier naturaleza o interés. El mismo cuerpo propondrá las quinas de nombres para la designación de los ministros de la Corte Suprema por el Presidente de la República, quien elige a uno de la quina; nombre que debe ser aprobado por el Senado por tres quintos de sus miembros en ejercicio, siguiendo en esto último el modelo actual. La regla central y general será que todos los demás jueces, así como todos los auxiliares de la administración de justicia, serán nombrados por este organismo, luego de concursos públicos transparentes y por decisiones fundadas, de conformidad a la ley.

· El organismo encargado de la administración y gestión del Poder Judicial será sucesor de la actual CAPJ y tendrá como integrantes a: 1 ministro de la Corte Suprema, 1 ministro de las Cortes de Apelaciones, 3 jueces sorteados de la nómina a que nos referiremos luego, 4 consejeros profesionales con experiencia en administración y gestión pública o privada. Además, asistirá a sus sesiones, con derecho a voz, un representante de los funcionarios judiciales. Con ello se quiere acentuar el nivel profesional y técnico de este organismo, garantizando una gestión acorde con la magnitud de los recursos y la complejidad de este Poder. Este organismo estará sujeto a fiscalización y a auditorías internas y externas. Vale la pena destacar que a este nuevo organismo se le confiere constitucionalmente autonomía operativa, un gran logro para las aspiraciones judiciales que, si bien apuntaban a la autonomía presupuestaria, algo que en nuestro país no tiene ninguna autoridad o poder, sí se le reconoce este ámbito autónomo de operación al Poder Judicial a través de la sucesora de la CAPJ, lo que constituye un gran reconocimiento.

· El organismo encargado de la formación y perfeccionamiento de los jueces y funcionarios judiciales será sucesor de la Academia Judicial y estará conformado por: 1 ministro de la Corte Suprema, 1 representante del Presidente de la República, 1 ministro de las Cortes de Apelaciones, 3 jueces sorteados de la aludida nómina y 2 profesores de facultades de Derecho de universidades acreditadas designados por estos. Las universidades tendrán una especial participación en la oferta de actividades académicas para el perfeccionamiento correspondiente. Con este último mandato se procura una mayor integración del mundo universitario con lo que ha sido la labor

de la actual Academia, lo cual le conferirá mayor pluralismo y descentralización a la tarea de perfeccionamiento. La tarea de formación, esto es, la certificación habilitante (necesaria para ser juez y para ser ministro de Corte de Apelaciones), permanecerá radicada exclusivamente en este organismo.

· Respecto de la nómina referida, todos los jueces que integren estos órganos, así como los Tribunales de Conducta que juzgarán a los jueces por infracciones administrativas, serán sorteados de una lista que será integrada por todos los jueces de asiento de Corte del país que tengan más de 10 años como titulares en sus cargos, sin haber sido sancionados en ese período. La configuración de todos estos órganos quedó con mayoría judicial, siguiendo los criterios sugeridos por la Comisión de Venecia. Hubo discrepancias con el modo de designar estos jueces, ya que algunos eran partidarios de mecanismos de elección directa, los que fueron desestimados con el propósito de evitar la introducción de factores politizadores y divisorios al interior de la judicatura.

En resumen, como se puede apreciar, se ha estructurado un modelo desconcentrado para la organización de lo no jurisdiccional, separando las tareas en órganos autónomos diferentes, que son gobernados por grupos de distinto origen. Con ello se busca separar efectivamente estas funciones de modo de que cada entidad opere en forma independiente, sin injerencia indebida de nadie externo a ella en el ejercicio de su labor, lo cual garantiza que ningún grupo gremial, político o de cualquier naturaleza, pueda controlar alguno de ellos ni mucho menos su totalidad. Ello evita los riesgos de politización y de control por los gremios, amenazas que han perjudicado decisivamente la tarea de los Consejos de la Justicia según la evidencia internacional.

Para asegurar el debido funcionamiento de estos órganos y su trabajo en beneficio de las tareas jurisdiccionales, que son su razón de existir y a cuyo servicio están, se le asigna a la Corte Suprema, en la persona de su Presidente, la tarea de asegurar la debida coordinación de dichos organismos, sin que ello le otorgue atribuciones a éste ni menos a la Corte, para invadir ámbitos de competencia entregados exclusivamente a sus consejos directivos. Sin burocracia y velando por la actuación interna de las instituciones, se espera un funcionamiento eficaz y eficiente de los nuevos organismos integrantes del Poder Judicial, facilitando la labor jurisdiccional que permanecerá en manos de los jueces, de acuerdo a los

establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Ello facilitará que éstos se concentren en las funciones que le son esenciales y responder de mejor forma a los requerimientos de justicia de las personas que acuden a los tribunales en búsqueda de respuesta a sus demandas.

Este modelo está pensado para afianzar la verdadera independencia y mayor efectividad del Poder Judicial, fortaleciendo su rol institucional en un Estado de derecho democrático. Así lo ha considerado un informe del Foro Constitucional UC, que al respecto ha dicho que: "el diseño de descentralización funcional de la propuesta refleja un modelo que accede a diversos objetivos que han de perseguirse para el buen funcionamiento del gobierno judicial. En particular, este modelo ofrece mayores niveles de flexibilidad operativa, disminuye el riesgo de captura política y de otros grupos de interés, y favorece el desarrollo de capacidades institucionales. Además, es posible sostener que la propuesta del anteproyecto satisface los principios (estándares) orientadores de un buen diseño de gobierno judicial, esto es, uno orientado a preservar la independencia subjetiva y objetiva, interna y externa, del Poder Judicial"[5].

2.3 Acceso a la justicia

La evaluación que se hace del Poder Judicial normalmente se centra en dos aspectos: por un lado, en la calidad del derecho sustantivo en aplicación y la efectividad y equidad de los procedimientos que se utilizan para sustanciar los asuntos o conflictos sometidos a conocimiento de los jueces; y, por otro, en la eficacia de la organización y funcionamiento de los tribunales desde una perspectiva de administración y gestión, esto es, desde el Gobierno Judicial. Sin embargo, no siempre se considera en la perspectiva de modernización o reforma de este poder, el efecto que tiene su labor ante la demanda por acceso a la justicia de las personas, que es para lo cual esta institucionalidad es creada.

En esa perspectiva, cabe mencionar que el nuevo texto constitucional que se propone asume este desafío e incursiona de manera muy positiva en esa perspectiva, respondiendo así a los diagnósticos conocidos en la materia.

Se ha efectuado una nueva conceptualización de lo que se debe entender por acceso a la justicia, superando el concepto reduccionista de asistencia legal gratuita, por uno en que el sistema legal y judicial se organiza para dar respuesta a las demandas de la gente, desde la perspectiva de las personas y no de las instituciones.

5 Por todos, García, José Francisco y otros, Comentario al anteproyecto de nueva Constitución. Gobierno judicial, Foro Constitucional UC, 2023, p. 22. Disponible en: https://foroconstitucional.uc.cl/wp-content/uploads/2023/08/Gobierno-Judicial_VF-1.pdf

La OCDE ha reforzado este enfoque que procura centrarse en las necesidades de las personas en materias de requerimiento de justicia para ofrecer una respuesta integral, relacionando el desarrollo de la sociedad y su capacidad de satisfacer esa demanda.

El texto constitucional emanado del proceso constitucional de 2023 se ha hecho cargo de esta perspectiva y ha establecido por dos vías una respuesta amplia e inclusiva de cómo se debe entender el acceso a la justicia.

A. Acceso a la justicia como derecho fundamental

Por una parte, se establece en el Capítulo II de "Derechos y libertades fundamentales, garantías y deberes constitucionales", el derecho de acceso a la justicia con el objeto de que los derechos de las personas sean amparados de manera efectiva, incluyendo la información y los medios necesarios para ejercerlos; los servicios legales y judiciales para impulsarlos y los mecanismos de resolución alternativa de los conflictos con la finalidad de facilitar por distintos medios la respuesta de la justicia a la necesidad de las personas.

Se enfatiza luego el derecho a la defensa jurídica para todo aquel que la necesite y se abre la respuesta institucional más específica para víctimas e imputados de delitos, creando o reconociendo para ellos Defensorías (de las víctimas y de los imputados) que deberán asumir institucionalmente esta tarea. La primera es una creación, a la que nos referiremos a continuación, mientras que la segunda constituye un reconocimiento constitucional a la existente Defensoría Penal Pública. Esto satisface un anhelado sentimiento ciudadano que siempre ha cuestionado que exista solo una defensoría para imputados, los presuntos victimarios, y ninguna para las víctimas de sus acciones. Lo anterior bajo la premisa de que el Ministerio Público defiende los intereses de la sociedad, y no necesariamente los de la víctima.

B. Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y Defensoría de Víctimas

Para lograr una respuesta concreta y efectiva a la demanda por acceso a la justicia, yendo incluso más allá de lo que normalmente incluyen las constituciones, se ha incorporado en el texto que ha elaborado el Consejo Constitucional, a sugerencia de la Comisión Experta, un capítulo (XI) a través del cual se crea el Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y Defensoría de Víctimas, como un organismo cuyo objeto es garantizar el derecho de acceso a la justicia. Esta idea tiene antecedentes previos en un proyecto de ley presentado por el Gobierno del Presidente Piñera en su segunda Administración, el 5 de enero de 2021.

Se trata de un servicio descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente que entregará orientación, asesoría y representación jurídica a quienes lo necesiten; brindará apoyo integral –psicológico y social- a las víctimas de delitos. Lo anterior, a través de servicios profesionales gratuitos para quienes lo necesiten, en conformidad a la ley.

Este servicio tendrá una dirección ejecutiva y un cuerpo colegiado, el que tendrá la responsabilidad de proponer un Plan Nacional de Acceso a la Justicia, instrumento que permitirá realizar una coordinación interinstitucional para garantizar el cumplimiento efectivo y eficiente de las instituciones que contribuyen desde distintos ámbitos a asegurar el acceso a la justicia de las personas.

Dentro de esta institución se crea la Defensoría de las Víctimas, que se hará cargo especialmente de procurar que las personas naturales víctimas de delitos sean atendidas de forma integral.

Una norma transitoria mandata al Presidente de la República para que este elabore un proyecto de ley que absorba en este nuevo servicio a todas las entidades que en la actualidad se ocupan de estas materias, en diferentes reparticiones públicas. Así, se entiende que pasarán a formar parte de él las Corporaciones de Asistencia Judicial y las unidades o programas que prestan asistencia a las víctimas que se encuentran en diversos ministerios, entre otras posibilidades.

Con este servicio y la nueva y más amplia conceptualización del derecho de acceso a la justicia, se avanza en perfeccionar cualitativamente un derecho que requería de una profunda modernización.

DISPOSICIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN EL ANTEPROYECTO DE CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA

Carla Iuspa Santelices[1] *y Consuelo Reyes Crisóstomo*[2]

Resumen

El presente trabajo realiza un análisis teórico de las disposiciones sobre interpretación jurídica en el Anteproyecto de Constitución Política de la República (ACPR) elaborado por la Comisión Experta. En particular, pretende caracterizar la directiva interpretativa del artículo 5 inciso 2 del ACPR. Para ello, en primer lugar, se aborda brevemente la importancia de la interpretación jurídica en general y de la interpretación constitucional en particular. Esta última se caracteriza a partir de criterios relativos al sujeto que interpreta; al objeto de la interpretación; los métodos o técnicas interpretativas y los efectos que esta habitualmente produce. En segundo lugar, se caracteriza la disposición del artículo 5 inciso 2 como una directiva de interpretación jurídica de tipo sistemática, específicamente de interpretación conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. El trabajo concluye presentando algunas preguntas abiertas que surgen a partir de la lectura e interpretación de diversos artículos del ACPR en materia de interpretación jurídica.

1. Introducción

La interpretación jurídica o interpretación del derecho constituye un tema de gran relevancia, que ha sido objeto de estudio pormenorizado por parte de la teoría del derecho y la ciencia jurídica, en este último caso, respecto de las

1 Becaria ANID Doctorado en Derecho y Profesora de Teoría del Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: carliuspa@gmail.com. Número de ORCID: 0000-0001-5185-6587.

2 Becaria Doctorado en Derecho y Profesora de Teoría del Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: consuelo.reyes1@mail.udp.cl.

distintas interpretaciones que cabe atribuir a disposiciones normativas contenidas en determinadas fuentes formales del derecho, como la constitución, la ley o los reglamentos. Si bien se trata de un tema respecto de cuyo análisis y estudio existe consenso en términos de su importancia, dicho acuerdo o consenso no es tan amplio cuando se intenta esclarecer el concepto de interpretación jurídica, su objeto, los sujetos que la llevan cabo, las técnicas o métodos que se utilizan o deben utilizar y, desde luego, los límites de la actividad interpretativa y de sus respectivos resultados.

La interpretación jurídica constituye un aspecto complejo del derecho y un análisis exhaustivo de dicho fenómeno excedería con creces los límites del presente trabajo. Sin embargo, es posible concentrarnos en algunos aspectos de dicho fenómeno con el objetivo de vincularlo, exclusivamente, con el problema que aquí nos interesa: la presencia de disposiciones relativas a la interpretación jurídica en el Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile, elaborado por la Comisión Experta en el marco del Proceso Constituyente actual (en adelante, ACPR).

Específicamente, el presente trabajo tiene como objeto fundamental caracterizar la directiva interpretativa contenida en el artículo 5 inciso 2 del ACPR, así como plantear algunas preguntas que surgen de su interpretación, frente a su eventual entrada en vigencia en el marco del actual proceso constituyente chileno. Tras la exposición de diversas herramientas conceptuales vinculadas con la teoría de la interpretación jurídica, mostraremos que el artículo 5 inciso 2 expresa una directiva de interpretación sistemática, en particular, de interpretación conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. Asimismo, plantearemos que su redacción (en los términos del ACPR) deja sin resolver algunas dudas relativas a la posición que ocupan los mencionados tratados en el sistema chileno, así como al alcance de la protección de las personas en relación con otras disposiciones constitucionales, como el artículo 25 ACPR, referido a la interpretación de disposiciones legales que realizan derechos sociales o prestacionales.

La estructura del trabajo será la siguiente: en primer lugar, nos referiremos a la interpretación jurídica en general y a las particularidades de la interpretación constitucional; en segundo lugar, caracterizaremos la directiva interpretativa del artículo 5 inciso 2 ACPR; en tercer lugar, plantearemos algunas preguntas abiertas en materia de interpretación jurídica a partir de la redacción de ciertos artículos del ACPR.

2. Sobre la interpretación jurídica y la interpretación constitucional

2.1 ¿Qué es la interpretación jurídica?

En términos muy generales, cuando hablamos de interpretación, nos referimos a la atribución de significado a objetos de distinta índole o naturaleza. Por su parte, la interpretación jurídica o del derecho es normalmente entendida como una interpretación de textos, de manera que, cuando un sujeto interpreta un texto jurídico, atribuye significado a los términos, sintagmas o enunciados contenidos en dicho texto o discurso normativo (que habitualmente llamamos "fuentes formales del derecho", como el texto constitucional, el texto de una ley, de un reglamento o de una sentencia judicial)[3]. En otras palabras, cuando se interpretan textos o documentos normativos, se está estableciendo o "fijando" el contenido de dicho texto e, incluso, "determinando" a qué casos concretos, que ocurren en un tiempo y espacio determinado, se aplican las normas expresadas por dichos textos o documentos normativos[4].

En términos más particulares, la interpretación jurídica suele ser definida en relación con el propósito con el que se lleva a cabo dicha actividad. Este puede ser entendido, en términos generales, como la contribución por parte del intérprete a la conformación de la práctica jurídica[5]. De esto se desprende que la interpretación jurídica no es solo una cuestión relativa al objeto que es interpretado (los textos o documentos normativos), sino también al contexto en el que esta actividad se despliega.

En virtud de lo anterior, a efectos del presente trabajo, entenderemos que la interpretación jurídica es una operación intelectual compleja que nos permite transitar del nivel de las *disposiciones normativas*, esto es, los enunciados contenidos en textos o documentos normativos (fuentes formales del derecho como las constituciones, las leyes o reglamentos) a las *normas*, esto es, el significado o contenido de sentido expresado por (o atribuido a) dichos enunciados contenidos en las fuentes del derecho.

---

3 Desde luego, el derecho es un fenómeno muy complejo que puede ser analizado desde distintas perspectivas que no se reducen exclusivamente a su manifestación en textos o documentos normativos. En este sentido, si la interpretación en general no sólo se refiere a la atribución de significado a textos sino también a actos o comportamientos humanos o a eventos históricos o sociales, el derecho, en tanto práctica social compleja, también podría ser "interpretado" teniendo a la vista los mencionados objetos. Sin embargo, en el presente trabajo nos centraremos, exclusivamente, en la interpretación jurídica entendida como una especie del género interpretación de textos.

4 Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar,* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2014, p. 23-25.

5 Lifante, Isabel, *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, (Tirant Lo Blanch), 2018, p. 214.

Por otra parte, asumiremos que no existe una correspondencia biunívoca entre disposición y norma, pues es posible que a una disposición le corresponda más de una norma y que, en el mismo sentido, a una norma le corresponda más de una disposición[6]. Esto implica adoptar una concepción escéptica moderada en materia de interpretación jurídica, con base en la cual asumimos que, al menos en los supuestos de indeterminación o equivocidad de los textos normativos, la interpretación es una actividad *discrecional* que consiste en escoger (por el intérprete) un significado determinado dentro de un marco de significados posibles, identificados mediante el recurso a las reglas de la gramática, a las diversas técnicas interpretativas o las tesis dogmáticas existentes en la doctrina. Esto quiere decir que, tal y como son nuestros sistemas jurídicos en la actualidad, habitualmente el operador jurídico se ve enfrentado a la necesidad de elegir entre dos o más significados posibles a atribuir a una disposición normativa. En este contexto, reviste especial importancia el análisis de las directivas interpretativas que el derecho pone a disposición de los intérpretes para escoger uno de los significados identificados (en otras palabras, asumimos una concepción decisoria de la interpretación)[7].

2.2 La importancia de la interpretación jurídica en general y de la interpretación constitucional en particular

Si la interpretación jurídica es concebida como aquella actividad que nos permite transitar de las disposiciones normativas a las normas, y no existe una correspondencia biunívoca entre disposiciones y normas, resulta útil justificar por qué es necesario hacer este tránsito cada vez que tiene lugar un acto de aplicación de normas constitucionales o de otra jerarquía, por ejemplo en sede judicial.

En términos generales, el problema de la determinación (o indeterminación) del derecho es un problema de tipo epistemológico, relativo a la posibilidad de conocer (o no) las consecuencias jurídicas de las acciones humanas (es decir, las consecuencias que el derecho asocia a ciertas acciones humanas). Se afirma, en este sentido, que el contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognoscibles las consecuencias jurídicas de aquella acción (esto es, si podemos saber si dicha acción está prohibida, es obligatoria o está permitida, o si su ocurrencia está asociada por el derecho a la verificación de ciertos hechos institucionales, como la mayoría de edad o la nulidad de un contrato).

6 Para un tratamiento sistemático de dicha distinción vid., Pozzolo, Susana y Escudero, Rafael (Edits.), *Disposición vs. Norma*, (Palestra), 2011. Guastini, Riccardo, *Interpretar y Argumentar,* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 2014, p. 78.

7 Guastini, Riccardo, Op. Cit., p. 45.

La determinación (o indeterminación) es una propiedad gradual en la medida que puede concurrir de manera total o parcial. Para ser más precisas, diremos que el contenido del derecho está totalmente determinado si podemos conocer las consecuencias jurídicas de cada acción y, de manera inversa, diremos que está totalmente indeterminado si no podemos conocer las consecuencias jurídicas de ninguna acción. Se trata de una propiedad gradual porque, desde luego, el derecho podrá estar parcialmente determinado (o parcialmente indeterminado) si podemos conocer las consecuencias jurídicas de *algunas* acciones, pero no de otras[8]. Esto último es lo que normalmente ocurre en nuestros sistemas jurídicos.

Si bien podemos identificar dos momentos conceptualmente relevantes para hablar de determinación/indeterminación en el derecho, el que interesa en este trabajo es aquel anterior al cumplimiento de una acción futura: la indeterminación del derecho en abstracto. Se dice que el contenido del derecho está determinado *ex ante* o en abstracto si son seguramente previsibles/imprevisibles las consecuencias jurídicas de acciones futuras[9]. La determinación/indeterminación parcial *ex ante* del derecho afecta a las disposiciones normativas, esto es, a los enunciados contenidos en las fuentes del derecho (como las constituciones o las leyes).

Esta indeterminación parcial *ex ante* se produce por factores estructurales y lingüísticos. En el primer caso surge porque, en virtud de la estructura dinámica del derecho, las disposiciones son creadas mediante actos de voluntad de la autoridad normativa (el constituyente, el legislador u otra autoridad normativa competente) cuyo contenido no es completamente previsible. En el segundo caso, y de manera un tanto inevitable, surge porque las disposiciones normativas están redactadas en un lenguaje natural que sufre de indeterminaciones semánticas como la ambigüedad, la vaguedad o la textura abierta[10].

Sin embargo, al transitar de las disposiciones normativas— que pueden estar parcialmente determinadas *ex ante*— a las normas, el derecho se torna parcialmente determinado (*ex post*) porque, mediante el recurso a diversos criterios o técnicas de interpretación para atribuir significado a los textos normativos, los órganos aplicadores (principalmente jueces) determinan el contenido del derecho

8 Comanducci, Paolo "Principios jurídicos e indeterminación del derecho", en Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho, N°21, Vol. 2, (Universidad de Alicante), 1998, p. 101. Núñez, Álvaro "Regulación de la interpretación del derecho", en Eunomía. Revista de la Cultura de la Legalidad, Nº 11, (Universidad Carlos III de Madrid), octubre 2016 – marzo 2017, p. 165.

9 El otro momento conceptualmente relevante es aquel posterior o sucesivo al cumplimiento de una acción. Se dice que el contenido del derecho está determinado/indeterminado *ex post* si se pueden/o no se pueden reconstruir las consecuencias jurídicas de acciones pasadas.

10 Comanducci, Paolo, Op. Cit., p. 101.

frente a una acción o a un conjunto de acciones sometidas a su conocimiento y decisión[11].

Las afirmaciones anteriores permiten sostener, en relación con los aspectos mencionados, la importancia de la interpretación jurídica en general. Respecto de la interpretación constitucional en particular, por un lado, debido a factor estructural, es posible sostener que las disposiciones contenidas en las constituciones son producidas por actos de voluntad constituyentes cuyo contenido no es completamente previsible *ex ante*, al poseer una pretensión de estabilidad en el tiempo mucho mayor que otras normas del ordenamiento jurídico. Por otro lado, debido a un factor de naturaleza lingüística, es posible apreciar que las disposiciones constitucionales suelen ser redactadas mediante el recurso a conceptos vagos o con una carga emotiva o valorativa que muchas veces hace que su contenido sea indeterminado *ex ante*. Es en este contexto que las características de la interpretación constitucional adquieren especial relevancia.

2.3 La interpretación constitucional y sus particularidades

La definición de interpretación jurídica de la cual partimos nos permite evidenciar que, tratándose de una actividad u operación intelectual compleja vinculada con la atribución de significado de enunciados contenidos en textos o documentos normativos, su análisis puede variar en algunos aspectos, dependiendo de cuál sea el criterio que se proponga o desde el cual nos situemos para efectuar dicho análisis o estudio. En este sentido, se suele sostener que la interpretación de un texto normativo como la Constitución posee ciertas características o particularidades que la distinguen de la interpretación de otros textos o documentos normativos, como la ley, las sentencias judiciales, los reglamentos u otros actos administrativos.

En general, cuando se sostiene que existen diferencias entre la interpretación de la Constitución y la interpretación de otros textos normativos y que ello amerita, por ejemplo, utilizar técnicas o métodos diferentes de interpretación u otorgar competencia a determinados sujetos en uno y otro caso, se está asumiendo una tesis normativa en virtud de la cual, para interpretar la Constitución, se *debe* atender a sus particularidades y utilizar técnicas o métodos distintos de los que se utilizan para interpretar otros textos como la ley o los reglamentos.

Esta tesis normativa, según la cual la Constitución debe ser interpretada de manera distinta al resto del ordenamiento jurídico, es en ocasiones acogida por la propia autoridad legislativa. Por ejemplo, la Constitución Política del Estado de

11 Comanducci, Paolo, Op. Cit., p. 101.

Bolivia (en adelante, Constitución de Bolivia) incorpora disposiciones normativas específicamente dirigidas a regular la interpretación del texto Constitucional, como el artículo 13 nro. IV y el artículo 196. En el primer caso, la disposición expresa que "los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad a los Tratados Internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia". En el segundo supuesto, se consagra que un sujeto particular (el Tribunal Constitucional Plurinacional), encargado de velar por la supremacía de la Constitución, "aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto". En otras palabras, dicho *sujeto* habrá de interpretar el *texto* constitucional de acuerdo con ciertos *métodos* interpretativos específicamente previstos para ello.

En el próximo apartado (*infra*, 3 y 4) mostraremos que el ACPR no adopta esta opción normativa por la especificidad de la interpretación constitucional, sino que regula en términos generales la interpretación del "derecho interno", dando lugar a diversas dudas que planteamos al final del trabajo.

Si bien podríamos abordar la especificidad o particularidad de la interpretación constitucional en relación con distintos aspectos, algunos de los sentidos más relevantes para efectos del presente trabajo son aquellos que pone el énfasis en el objeto que se interpreta (el texto constitucional), el sujeto que interpreta, el método o técnica con la que se interpreta y los efectos que produce dicha actividad[12]. A continuación nos referimos brevemente a cada uno de ellos[13].

A. Especificidad del objeto que se interpreta

Sostener la especificidad de la interpretación constitucional considerando el objeto que se interpreta (el texto constitucional) supone entender la Constitución como un conjunto de reglas jurídicas que son, respecto de las demás reglas del sistema jurídico, fundamentales porque satisfacen determinados contenidos a los que se les atribuye un especial valor (aquello que se ha denominado "modelo axiológico de constitución".

En este sentido, el objeto que se interpreta— la Constitución— se compone de diversos principios los cuales suelen verse como valores morales positivizados.

12 En un trabajo previo, una de nosotras ha analizado la importancia de la especificidad de la interpretación constitucional, en los albores del proceso constituyente chileno de 2020-2022. Reyes, Consuelo, "Interpretación jurídica y especificidad de la interpretación constitucional", en Muñoz, Fernando y Ponce de León, Viviana (Coords.), *Conceptos para una nueva Constitución* (2020), pp. 33-52.

13 En la utilización de estos criterios seguimos, principalmente a Pozzolo, Susana "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", en Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho, N°21, Vol. 2, (Universidad de Alicante), 1998, p. 345-346.

De esta forma, los principios convierten la Constitución en un "puente" entre el discurso jurídico y moral ya que requieren, para atribuirles significado, que el intérprete realice valoraciones éticas o morales (que no serían necesarias para interpretar disposiciones contenidas en otras fuentes del derecho).

En relación con este criterio de análisis y como veremos posteriormente, el artículo 5 inciso 2 del ACPR no se refiere específicamente a la interpretación del texto constitucional, sino que parece estar dirigida a la generalidad de documentos normativos (los caracteriza como "derecho interno").

B. Especificidad en relación con el sujeto que interpreta

Cuando nos preguntamos por los intérpretes, nos referimos a aquellos sujetos cuya interpretación tiene como resultado la producción de efectos jurídicos vinculantes. Sostener que la interpretación constitucional es *específica* de acuerdo con el sujeto que la lleva a cabo, implica sostener que, a diferencia de otros textos normativos como la ley o los reglamentos, la interpretación de la Constitución se lleva a cabo por jueces a los cuales se ha atribuido la competencia específica para llevar a cabo la actividad interpretativa.

Desde luego, poner el énfasis en el sujeto que interpreta para así plantear una especificidad o particularidad de la interpretación constitucional alude a una característica contingente de los ordenamientos jurídicos, vinculada con la orgánica constitucional: si el ordenamiento contempla entre sus órganos un juez o tribunal constitucional al cual se le atribuye la competencia específica para interpretar la Constitución (sistemas de control concentrado de constitucionalidad), entonces será posible sostener la especificidad de dicho texto normativo en relación con otros textos, como la ley y los reglamentos. Si, por el contrario, el ordenamiento atribuye dicha competencia a distintos jueces o tribunales (sistemas de control difuso de constitucionalidad), no tendría sentido sostener, en relación con el sujeto que interpreta, una especificidad de la interpretación constitucional respecto de otros textos normativos. En cualquier caso, lo habitual es que, aún en sistemas de control concentrado, los tribunales ordinarios igualmente interpreten la constitución (aunque con distintos efectos).

En relación con este criterio de análisis y como veremos posteriormente, el artículo 5 inciso 2 del Anteproyecto de Constitución Política de la República de Chile elaborada por la Comisión Experta no se refiere a un intérprete especial, sino que parece estar dirigida a la generalidad de operadores jurídicos.

C. Especificidad en relación con los métodos interpretativos

La especificidad de la interpretación constitucional en relación con los métodos o técnicas utilizadas para llevar a cabo la actividad interpretativa se refiere a aquello que en el próximo apartado llamamos «directivas interpretativas». La pregunta es si las características propias del objeto (texto constitucional) y/o del sujeto (Cortes o Tribunales Constitucionales) hacen necesario o conveniente adoptar una forma específica de atribución de significado a las disposiciones constitucionales, por ejemplo una interpretación estática u originalista en vez de una dinámica o evolutiva; o una interpretación intencionalista en vez de una literalista[14].

Este criterio se relaciona tanto con las características propias del texto constitucional como del sujeto que se interpreta. Por ejemplo, en los sistemas jurídicos de control concentrado, es habitual que el juez constitucional recurra a argumentos de principio o argumentos de justicia para interpretar. O que se sostenga que *debe* recurrir a argumentos de este tipo para justificar sus operaciones interpretativas. En cualquier caso, como es posible advertir, se trata de un elemento de carácter contingente porque puede ocurrir que el juez constitucional utilice, para interpretar la Constitución, los mismos métodos o técnicas que se utilizan para interpretar los demás textos normativos.

En relación con este criterio de análisis y como veremos posteriormente, el ACPR tampoco asume la especificidad de la interpretación constitucional de acuerdo con este criterio. Tanto el art. 5 inc. 2 como otros del ACPR (por ejemplo el art. 25) se refieren a métodos o directivas intrerpretativas aplicables a todo el derecho interno o a ciertas disposiciones de rango legal.

D. Especificidad en relación con los efectos de la interpretación

Vinculado con los criterios anteriores y dependiendo de si el ordenamiento atribuye competencia para interpretar la Constitución sólo a un juez constitucional o también a los jueces comunes, se pueden establecer diferencias relativas a los efectos específicos de las sentencias dictadas por el juez que interpreta y aplica la Constitución.

En general, cuando el ordenamiento jurídico atribuye dicha competencia a un juez o tribunal constitucional, las sentencias dictadas por este órgano tienen efectos *erga omnes*, esto es, respecto de todos y no solo en relación con las partes involucradas en el litigio. Por otro lado, en los ordenamientos que atribuyen esa competencia también a los jueces comunes, las sentencias dictadas por éstos sólo tienen efectos *inter partes*.

14 Sobre ideologías de la interpretación jurídica, Guastini, Riccardo, Op. Cit., pp. 369 y ss.

Esto, nuevamente, depende de cómo sean los sistemas jurídicos concretos. En el caso del ACPR, se trata de una cuestión regulada en el contexto de las atribuciones de ciertos órganos como la Corte Constitucional. Sin embargo, no es una cuestión que

3. La interpretación jurídica de las disposiciones de derecho interno según el artículo 5 inciso 2 ACPR

El tránsito de las disposiciones a las normas —la interpretación jurídica— es, en ocasiones, regulada por el propio derecho, a través de mecanismos como las definiciones legales, las leyes interpretativas o de interpretación auténtica o las directivas interpretativas. En términos generales, dicha regulación delimita el ámbito de interpretaciones jurídicas válidas, refiriéndose habitualmente a (i) qué persona o personas son competentes para interpretar (los "sujetos" de la interpretación) (ii) cuál o cuáles disposiciones normativas (el "objeto" de la interpretación) (iii) de qué forma ("los métodos interpretativos") y (iv) con qué efectos.

El ACPR regula importantes aspectos de la interpretación jurídica en diversas partes de su articulado: atribuye competencias en materia de interpretación constitucional y legal a órganos como los tribunales de justicia (artículo 5 inciso 2 y artículo 25), la Corte Suprema (artículo 155), la Corte Constitucional (arts. 169 y ss.) y la Contraloría General de la República (artículo 190). Dichos *sujetos* tienen competencia para interpretar *ciertas* disposiciones, de *ciertas* formas y con *ciertos* efectos. Sin perjuicio de ello, en el presente trabajo nos concentraremos principalmente en lo dispuesto por el artículo 5 inciso 2 ACPR, cuya inclusión (en caso de ser aprobado en los términos del ACPR) representa una novedad en el derecho chileno, que actualmente carece de directivas constitucionales sobre la interprertación jurídica.

Este artículo expresa un tipo particular de norma jurídica, que la literatura agrupa bajo la denominación de "directivas interpretativas" (a veces llamadas normas interpretativas o normas sobre la interpretación jurídica). Las directivas interpretativas son aquellas normas que disponen la *forma* en que ha de atribuirse significado a los enunciados que constan en una o más fuentes del sistema jurídico (sean constituciones, leyes, reglamentos, resoluciones judiciales, u otras). En particular, estas normas fijan el conjunto de reglas, instrumentos, técnicas o métodos interpretativos que se pueden usar para atribuir (válidamente) significado a los enunciados normativos: interpretación literal, sistemática, intencionalista,

de acuerdo al espíritu de la ley, entre otras[15]. Estas directivas son especialmente útiles para la aplicación judicial o administrativa del derecho a casos individuales, ya que determinan la forma en que el operador jurídico ha de identificar la o las normas aplicables al caso individual.

Como ya anunciamos, trata de normas que delimitan el ámbito de interpretaciones jurídicas que se consideran válidas en un determinado sistema normativo. De acuerdo con parte de la literatura, dichas normas *constituyen* qué es posible hacer válidamente dentro del *juego* de la interpretación jurídica[16]. Antes que obligar, prohibir o permitir ciertas conductas, las directivas interpretativas determinan qué cuenta como una interpretación válida dentro de las reglas del juego del derecho, esto es, cuándo estamos frente a una interpretación perteneciente al juego de la interpretación jurídica y cuándo no. Es por esto que comúnmente entendemos que la consecuencia de que un juez no observe lo dispuesto por una directiva interpretativa (esto es, la "incumpla") no es una sanción, sino la invalidez o nulidad de su decisión[17]. Así, de acuerdo con esta literatura, las directivas interpretativas serían normas jurídicas constitutivas, específicamente de competencia[18].

Para el derecho chileno, no es novedad contar con directivas interpretativas. En efecto, normas de este tipo forman parte de las herramientas que los operadores jurídicos chilenos han tenido a su disposición desde hace años. El propio Código Civil contiene diversas disposiciones de este tipo desde su entrada en vigencia (arts. 19-24), que la comunidad jurídica ha interpretado como normas de alcance general (referidas, al menos, a la interpretación de todos los cuerpos legales, salvo norma expresa en contrario). Asimismo, ciertos cuerpos legales establecen normas especiales para la interpretación de sus disposiciones (a modo de ejemplo, ver arts. 4, 6 o 62 ter del Código Tributario).

Como en los ejemplos mostrados, la regulación jurídica de la interpretación en Chile ha estado restringida históricamente a las disposiciones normativas de rango legal. En efedcto, hasta el momento, el sistema jurídico chileno no ha contado con directivas interpretativas de rango constitucional, ni que tengan por objeto disposiciones normativas constitucionales. En este contexto, la novedad del artículo 5 inciso 2 del ACPR se da en ambos niveles mencionados: en caso de ser

15 Núñez, Álvaro, Op. Cit., p. 167.

16 Núñez, Álvaro, Op. Cit., p. 165.

17 Dicha invalidez habitualmente es declarada en sede recursiva (por ejemplo, a través de un recurso de apelación o de casación).

18 Al menos, fragmentos de normas de competencia (o normas de competencia que establecen *algunas* condiciones de validez de las decisiones judiciales). Núñez, Álvaro, Op. Cit., p. 165 y ss.

aprobada, se trataría de una directiva interpretativa de rango constitucional, cuyo objeto es la interpretación del "derecho interno", acepción que incluye no solo a las disposiciones legales, sino también a las propias disposiciones constitucionales y reglamentarias.

El artículo 5 inciso 2 ACPR, en su redacción actual, establece que las normas[19] de derecho interno deberán interpretarse de forma compatible con los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, que hayan sido ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes, favoreciendo la protección más amplia de la persona.

Esta disposición es muy similar al artículo 13 nro. IV de la Constitución de Bolivia, ya citado, aunque tiene diferencias importantes. Una de ellas es que el artículo 13 se refiere a la interpretación de "los derechos y deberes consagrados en esta Constitución", mientras que el artículo 5 inciso 2 se refiere en términos generales al "derecho interno". Como trataremos de mostrar en lo que resta del presente trabajo, el ACPR no opta por regular de manera *específica* la interpretación del texto constitucional en cuanto al método interpretativo, sino que establece el art. 5 inc. 2 como directiva general dirigida a la interpretación de todas las disposiciones normativas del derecho interno.

A continuación, caracterizaremos la directiva interpretativa recogida en el artículo 5 inciso 2 (interpretada literalmente) a partir de insumos provenientes de la teoría de la interpretación jurídica. En un apartado posterior, plantearemos algunas preguntas abiertas respecto de su interpretación. Mostraremos que, pese a la novedad del artículo mencionado en el sistema jurídico chileno, el ACPR regula la interpretación constitucional —que podría, como hemos visto, tener ciertas particularidades— en conjunto con la interpretación de todas las disposiciones de derecho interno, a partir de lo cual surgen diversas dudas que planteamos en el último del presente trabajo.

En cuanto al *sujeto* de la interpretación, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con el artículo 196 de la Constitución de Bolivia, la disposición no se refiere a un intérprete especial, sino que parece estar dirigida a la generalidad de operadores jurídicos. Esto hace que tampoco podamos decir que la interpretación regulada por este artículo tenga *efectos* particulares (ello dependerá del sujeto que la realice). En cuanto al *objeto* de la interpretación, ya hemos dicho que la disposición es novedosa por cuanto incluye la interpretación de las propias disposiciones constitucionales (aunque no se refiera exclusivamente a ellas).

19 De acuerdo con la aproximación presentada en este trabajo, el objeto de la interpretación son las disposiciones normativas, mientras que las normas son el resultado de la actividad interpretativa.

En cuanto a la forma, esto es, al *método*, regla o técnica que se ha de utilizar para atribuir significado a las disposiciones de derecho interno, el artículo 5 inciso 2 expresa una directiva de interpretación sistemática, específicamente de interpretación conforme. La noción de "interpretación sistemática" es utilizada por la literatura para aludir a una familia de directivas distintas, cuyo rasgo común es hacer referencia al contexto en el que se inserta la disposición a interpretar y al presunto carácter sistemático del ordenamiento jurídico[20]. Así, las directivas de interpretación sistemática serían aquellas dirigidas a que el intérprete muestre o logre que el derecho aparezca como un conjunto de normas axiológicamente coherente (reconducibles a principios coherentes o armónicos entre sí), lógicamente consistente (sin antinomias o contradicciones lógicas) y completo (sin lagunas o vacíos normativos)[21].

Dado que el material normativo es incapaz, por sí mismo, de expresar un conjunto de normas coherente, consistente y completo, la labor del intérprete jurídico resulta fundamental. En este contexto, una de las herramientas que forman parte de las directivas de interprertación sistemática es la interpretación conforme. Se trata de aquella interpretación que previene o evita las antinomias y/o incongruencias axiológicas entre normas formuladas por textos normativos distintos y jerárquicamente ordenados. Así, lo que hace el operador cuando interpreta de manera conforme es adaptar o adecuar el significado de una disposición de rango *inferior* al significado de otra u otras disposiciones de rango *superior,* evitando el conflicto normativo o la incongruencia axiológica[22]. Esto es lo que comúnmente se hace en sede de control de constitucionalidad de la ley o de control de legalidad de los actos de la Administración del Estado.

Esto es lo que parece exigir el artículo 5 inciso 2: conformar el derecho interno al contenido de normas de tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, el ACPR exige que las normas de derecho interno sean interpretadas *de forma compatible* con los tratados internacionales ratificados por el Estado de Chile y que se encuentren vigentes (en particular, aquellos tratados que reconocen derechos humanos), favoreciendo la protección más amplia de la persona. En este sentido, el inciso 2 del artículo 5 del ACPR exige a los intérpretes que las disposiciones normativas de derecho interno (el propio texto constitucional, las leyes, los reglamentos, etc.) sean interpretadas conforme a normas que (en algún sentido)

20 Guastini, Riccardo, Op. Cit., p. 289.

21 Guastini, Riccardo,Op. Cit., pp. 285-286.

22 Guastini, Riccardo, Op. Cit., p. 295.

son *superiores* a ellas (nos referiremos a esta especie de superioridad en el próximos apartado; *infra*, 4). La compatibilidad exigida puede estar referida, como hemos visto, a la ausencia de antinomias o conflictos normativos (para lograr la consistencia lógica) y/o a la ausencia de incoherencias axiológicas (para lograr la armonía de los principios o valores subyacentes a las normas involucradas).
Lo anterior quiere decir que, frente a dos (o más) interpretaciones posibles de una disposición de derecho interno (un artículo de la ley, de un reglamento o incluso de la propia Constitución), el operador jurídico ha de elegir aquella que no produzca (que evite) una antinomia o incoherencia axiológica con normas previstas en tratados internacionales, descartando aquellos significados que produzcan (no eviten) tal resultado. Sin embargo, como pretendemos plantear en el próximo apartado, importantes aspectos sobre su sentido y alcance son poco claros en la redacción del ACPR.

4. Preguntas abiertas sobre la interpretación jurídica en el ACPR

Como ya hemos anunciado, la cuestión de la interpretación jurídica es más compleja de lo que aparenta. En el presente apartado, presentaremos algunas preguntas que surgen del articulado del ACPR en materia de interpretación jurídica. Estas preguntas tienen que ver con algo relativamente obvio: las directivas interpretativas, al ser expresadas (también) en lenguaje natural, son disposiciones normativas que requieren de interpretación para obtener *normas jurídicas*. Es en dicho tránsito donde surgen ciertas dudas sobre las posibles interpretaciones del artículo 5 y su compatibilidad con otras normas expresadas por el ACPR. Creemos que no es demasiado apresurado sostener que estas dudas surgen de lo apuntado en un apartado anterior del presente trabajo: que el ACPR establece un método interpretativo para atribuir significado al "derecho interno", sin admitir la posibilidad de que el texto constitucional tenga características propias (por ejemplo, en cuanto a su posición en el ordenamiento jurídico o su contenido principalista) que requieran especial atención a efectos de regular la actividad interpretativa.

4.1 Sobre la jerarquía normativa establecida por el artículo 5 inciso 2 ACPR

En primer lugar, dado que la disposición se encuentra ubicada dentro de las normas relativas al ejercicio y los límites de la soberanía nacional, surge la pregunta sobre la jerarquía que tienen las normas de tratados internacionales de derechos humanos (ratificados por Chile y que se encuentran vigentes) respecto del derecho interno y, en particular, de las propias normas constitucionales. Dado lo dicho en

el apartado anterior, el artículo 5 parece reconocer una especie de jerarquía entre las disposiciones de derecho interno y las contenidas en tratados internacionales, en virtud de la cual las primeras deben ser interpretadas de manera compatible (*i.e.* evitando antinomias) con las segundas. Sin embargo, cuál es el alcance específico de dicha relación de jerarquía (más allá de su relevancia interpretativa) es difícil de determinar y depende de cómo se interprete el artículo 5 del ACPR (así como otras disposiciones del ACPR).

En relación con dicho cuestionamiento, es importante advertir que la literatura distingue entre al menos tres tipos de jerarquías normativas: (i) las jerarquías *estructurales* o *formales*, las cuales se dan entre normas que regulan la forma de producción jurídica (superiores estructuralmente) y las normas cuya producción es regulada por ellas (inferiores estructuralmente); (ii) las jerarquías *materiales* o *sustanciales*, las cuales se dan entre dos normas cuando una tercera norma establece que una de las dos primeras (la inferior materialmente) es inválida o deja de pertenecer al ordenamiento si entra en conflicto (porque su contenido es incoherente o inconsistente) con el contenido de otra norma (la superior materialmente); y (iii) las jerarquías *lógicas* o *lingüísticas*, que se dan entre una norma o metanorma (la superior lógicamente) que menciona, se refiere o versa sobre otra norma (la inferior lógicamente)[23]. Estos tipos de jerarquías normativas son independientes entre sí, lo que quiere decir que pueden darse separada o conjuntamente.

El alcance de la jerarquía establecida por el artículo 5 inciso 2 es relevante para responder a la pregunta sobre qué ocurre con aquellas disposiciones de derecho interno que *no puedan* ser interpretadas de manera compatible con las normas de tratados internacionales. Si el artículo 5 inciso 2 es interpretado estableciendo una jerarquía *material o sustantiva* entre las normas de derecho interno y las de tratados internacionales, entonces la consecuencia sería la invalidez de las normas de derecho interno que sean incompatibles con las normas internacionales, por ser estas últimas superiores jerárquicamente[24]. Sin embargo, lo anterior es un poco extraño de sostener en materia de tratados internacionales, cuya forma de ingresar válidamente al derecho chileno está regulada —también en el ACPR— por normas constitucionales y legales (que entonces serían *formal* y *lógicamente* superiores a las normas de tratados internacionales). Lo anterior no es baladí si tenemos en consideración que la Corte Constitucional tiene competencia para

23 Guastini, Riccardo, Op. Cit., pp. 177-178.

24 Guastini, Riccardo, Op. Cit., pp. 175-176.

resolver las cuestiones por infracción de procedimiento o de competencia establecidas en la Constitución o en la ley institucional del Congreso Nacional que se susciten durante la tramitación de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso (artículo 169 letra a) APCR).

En similares términos, surge la duda relativa a si la consecuencia para aquellas disposiciones de derecho interno que *no puedan* ser interpretadas de manera compatible con las normas de tratados internacionales es la misma tratándose de disposiciones constitucionales o infraconstitucionales (legales o reglamentarias). Si bien la invalidez de las disposiciones legales o reglamentarias contrarias a los tratados de derechos humanos podría ser una salida posible (aunque no expresamente establecida por el ACPR), es difícil sostener que las disposiciones constitucionales que no puedan armonizarse con dichos tratados sean inválidas o invalidables. En este sentido, la especial posición de las normas constitucionales en nuestro sistema jurídico hace difícil comprender la decisión del ACPR de regular conjuntamente la interpretación de disposiciones normativas de diferente rango jerárquico.

4.2 Sobre el alcance de la expresión "favorecer la protección más amplia de la persona"

En segundo lugar, surgen dudas sobre el alcance de la última frase del inciso 2 del artículo 5 ACPR, según el cual la interpretación conforme del derecho interno ha de "favorecer la protección más amplia de la persona". Dicha frase puede ser interpretada de diversas maneras. Se podría entender, por ejemplo, que la directiva interpretativa es aplicable *solo si* los tratados internacionales favorecen una protección más amplia de la persona que la establecida por el derecho interno. Bajo esta interpretación, un intérprete podría atribuir (válidamente) a una disposición de derecho interno un significado incompatible (incoherente o inconsistente) con la norma internacional, siempre que dicho significado (la norma escogida) favorezca en *mayor* medida la protección de la persona. En este sentido, en realidad, se trataría de una directiva que determina la necesidad de atribuir el significado (al derecho interno) que favorezca la protección más amplia de las personas, con independencia de su incompatibilidad con las normas internacionales.

Caben igualmente interpretaciones alternativas (no necesariamente incompatibles con la recién presentada). Por ejemplo, se podría interpretar dicha cláusula como un mandato dirigido a los intérpretes de seleccionar, de entre las normas de tratados internacionales relevantes, aquellas que favorezcan la protección más amplia de las personas, para luego interpretar el derecho interno conforme

a dichas normas (y no a otras, igualmente ratificadas y vigentes). Cuál de estas normas expresa el artículo 5 inciso 2 es una cuestión que el ACPR no resuelve con suficiente claridad. Todo ello sin perjuicio de qué signifique, y quién sea competente para determinar, qué cuenta como la protección más amplia de la persona.

4.3 Sobre el vínculo entre el artículo 5 inciso 2 y otras disposiciones sobre la interpretación del ACPR

Finalmente, surgen dudas sobre la relación del artículo 5 inciso 2 con otras disposiciones del ACPR. Un precepto de especial relevancia es el artículo 25 ACPR, el cual dispone que, en la aplicación e interpretación de las disposiciones legales dirigidas a realizar los derechos a la salud, vivienda, agua y saneamiento, seguridad social y educación, los tribunales no podrán definir o diseñar políticas públicas.

Este artículo parece establecer un límite a la competencia de los tribunales al momento de interpretar las disposiciones legales referidas a los derechos indicados (típicamente agrupados bajo el rótulo de "derechos sociales" o "derechos prestacionales"). De acuerdo con dicho precepto, interpretado literalmente, los tribunales serían incompetentes para definir o diseñar políticas públicas para la realización de tales derechos (*i.e.* sus decisiones serían nulas o, al menos, anulables por superar los límites de competencia).

A simple vista, resulta difícil armonizar lo dispuesto en el artículo 5 inciso 2 y en el artículo 25 ACPR, sin perjuicio de que dicha armonización depende de qué se entienda por "favorecer la protección más amplia de la persona" (esto es, qué norma o normas exprese el artículo 5 inciso 2, según vimos recién). Si dicha cláusula se interpreta en orden a favorecer el goce efectivo de derechos y libertades fundamentales de las personas, entonces el artículo 25 ACPR puede ser interpretado como estableciendo un límite a dicha competencia en el caso de normas legales referidas a los derechos sociales allí enumerados. En virtud de dicha disposición, la protección de la persona en relación con tales derechos no puede conllevar la definición o diseño judicial de políticas públicas para su aseguramiento. En todo caso, definir cuándo una decisión judicial define o diseña una política pública es una cuestión abierta, respecto de la cual no podemos profundizar en el presente trabajo.

En similares términos, surge la duda sobre lo que ocurre con las disposiciones *constitucionales* dirigidas a establecer y regular aspectos relevantes de los derechos a la salud, vivienda, agua y saneamiento, seguridad social y educación. Dado que el artículo 25 establece un límite únicamente en la interpretación de disposiciones *legales,* surge la duda sobre el alcance de la competencia de los tribunales que, en

la interpretación y aplicación de disposiciones constitucionales, se refieran al goce efectivo de los derechos mencionados, promoviendo la "protección más amplia de la persona", tal y como indica el artículo 5 inciso 2. Interpretado literalmente, la restricción del artículo 25 no aplicaría a estos casos, lo que es —al menos— curioso, si tenemos en cuenta que las disposiciones constitucionales son normalmente más indeterminadas que las infraconstitucionales (como dijimos, recurren más frecuentemente a conceptos vagos o con alta carga emotiva).

De nuevo, el contenido del texto constitucional en nuestro sistema jurídico (*i.e.* la alta indeterminación de sus disposiciones) hace difícil comprender la decisión del ACPR de regular conjuntamente la interpretación de disposiciones normativas de diversas características.

PRESENTACIÓN DE ALGUNAS PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL EFECTO ERGA OMNES DE LA COSA JUZGADA A RAÍZ DE LA JUDICIALIZACIÓN POR LAS ALZAS EN PRECIOS DE PLANES DE ISAPRES

Carolina Carreño[1]

Resumen

El presente texto tiene por objetivo revisar las tres instancias en las que, con motivo de la judicialización por alzas en precios de Isapres, la Corte Suprema hizo extensivo los efectos de sus sentencias a terceros que no recurrieron, es decir extendió las sentencias erga omnes. Esto ocurrió en el año 2022, en dos ocasiones referido al alza de los planes de salud y la tabla de factores. Al año siguiente la CS vuelve a dictar un fallo con efectos erga omnes pero ahora respecto al precio cobrado por la Isapre respecto de la prima GES.

Lo anterior significó un amplio debate desde la academia y la judicatura dividiéndose las posturas entre quienes consideraron que aquello no había vulnerado el artículo 3° inciso segundo del Código Civil versus los que estimaron que aquello habría significado entre otros una grave vulneración al Estado de Derecho. Se procederá a realizar una revisión de dichos argumentos y a presentar desde la doctrina italiana una propuesta a objeto de resolver la problemática expuesta.

1 Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas de la Universidad Finis Terrae. Candidata a Doctora en Derecho por la Universidad de Valparaíso; Magíster con distinción máxima en Derecho Público con mención en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Becaria ANID Doctorado Nacional adjudicada el año 2023. Becaria FIV UV Universidad de Valparaíso 2023. Asesora Legislativa en H. Cámara de Diputados, Valparaíso. Docente del ramo Derecho Constitucional II, Derechos Fundamentales I y II e Historia del Derecho Público en la Universidad Católica Raúl Silva Henríquez y de Teoría del Ordenamiento Jurídico, Teoría de la Ley e Interpretación y Derecho Constitucional Orgánico en la Universidad de Playa Ancha. Escritora y columnista en diversos medios de comunicación.

1. Introducción

1.1 Antecedentes

La judicialización de las alzas de los planes de Isapre comenzó hace más de una década, cuando la Corte Suprema reconoció la facultad de reajustar los precios de los planes de salud, pero exigió que dicho reajuste debía encontrarse debidamente justificado[2].

Por su parte, en el año 2010, el Tribunal Constitucional derogó, en su sentencia Rol N° 1710-2010, por inconstitucionales, las normas legales sobre las cuales se elaboran la tabla de factores que utilizan las Isapres para calcular los precios de los planes de salud en atención al sexo y edad del afiliado.

Lo anterior produjo un notorio aumento de presentaciones de recursos de protección llegando en el año 2020 a que el 96,5% de las apelaciones a recursos de protección que llegaron a la Corte Suprema, correspondieron a causas por alza de los planes de salud[3].

En el año 2019, la Superintendencia de Salud fijó una tabla única de factores, eliminando la distinción por género y simplificando los tramos etarios mediante la Circular IF N° 343 de la Superintendencia de Salud. Dos años después, en 2021 se promulgó la Ley N° 21.350, que facultó al Superintendente de Salud para fijar un tope para las Isapres que decidan incrementar el precio de sus planes, cuyo máximo para el 2022-2023 se fijó en 7,6%.

Todas estas medidas estaban orientadas a reducir la judicialización respecto de las Isapres, lo que no ocurrió y hasta la fecha se han mantenido en similares cantidades los recursos presentados en contra de las Isapres tanto por el alza de los planes de salud, como la tabla de factores y el precio de la prima GES.

Respecto de estas tres problemáticas la Corte Suprema ha dictado en los años 2022 (en dos oportunidades) y 2023 (una vez) sentencias en las cuales ha hecho extensiva su decisión a aquellos afiliados que no han recurrido, tal como se revisará a continuación.

2 Lyd.org, Fallos con efectos generales (2023): grave precedente, 12 de enero de 2023. Disponible en: https://lyd.org/wp-content/uploads/2023/01/TP-1578-FALLOS-CS.pdf

3 Pauta.cl (2021): Alza exponencial de recursos contra Isapres marca el discurso del presidente de la Suprema, 01 de marzo de 2021. Disponible en: https://www.pauta.cl/actualidad/2021/03/01/corte-suprema-cuenta-publica-guillermo-silva-isapre-nueva-constitucion.html

1.2 Primera ocasión en la que CS dictó fallos con efecto erga omnes en materias de salud: alza de los planes de salud

En septiembre de 2022, un grupo de doce sentencias de la Corte Suprema (Sentencias de la Corte Suprema roles 12.514-2022, 12.508-2022, 13.109-2022, 13.222-2022, 14.268-2022, 13.178-2022, 14.691-2022, 13.709-2022, 16.670-2022, 15.372-2022, 17.403-2022 y 14.821-2022) declaró arbitrario e ilegal el alza de los planes de Isapre, aun cuando éstas se ajustaron al tope legal fijado por la Superintendencia de Salud, en aplicación de la Ley 21.350.

Además, reprochó a la Superintendencia una falta de diligencia y cuidado en fijar el índice de reajuste; analogó a las Isapres con los organismos públicos para efectos de fijar los estándares de transparencia y justificación que deben cumplir sus decisiones; y puso en duda la competitividad del mercado de Isapres.

En dicha oportunidad la Corte resolvió no solo paralizar las alzas de las personas que habían recurrido a tribunales, sino que congelar el incremento de los planes de salud para la totalidad de los afiliados del sistema. En dicha oportunidad la explicación dada por la ministra vocera de la Corte Suprema, Ángela Vivanco, es que la resolución "abarca a todos los afiliados de las Isapres, porque es importante decir que el alza no refiere a personas determinadas, sino que es un alza general, y en consecuencia, al haberse establecido un alza general para todos los planes y para todos los afiliados, esa alza que se ha dejado sin efecto, favorece a todos aquellos que estando afiliados a las Isapres, se les pretendió o se les aplicó esta alza"[4]

1.3 Segunda ocasión en la que la Corte Suprema dictó fallos con efecto erga omnes en materia de salud: la tabla de factores

En noviembre del año 2022 la Corte Suprema acogió una serie de recursos de protección (Roles 16.630-2022; 25.570-2022: 14.513-2022 y 13.979-2022) que solicitaban que las Isapres se abstuvieran de aplicar la tabla de factores elaborada sobre las normas que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales. Con estos fallos se determinó una nueva doctrina jurisprudencial, respecto a diferentes aspectos contractuales de la Isapre y los cotizantes como son el plan base, la tabla de factores, la incorporación de nonatos y niños y niñas hasta los dos años entre otros. En dichas sentencias la Tercera Sala del máximo tribunal dejó sin efecto el alza de las Isapres debido a cuatro elementos centrales: 1) Se debe contar

4 La Tercera (2022): Suprema sale a despejar dudas sobre el inédito fallo que suspende alza de planes: "Abarca a todos los afiliados de las Isapres", 19 de agosto de 2022. Disponible en: https://www.latercera.com/pulso/noticia/suprema-sale-a-despejar-dudas-sobre-el-inedito-fallo-que-suspende-alza-de-planes-abarca-a-todos-los-afiliados-de-las-Isapres/KDE2KURTARBOHGJUILKTYZ62GI/

únicamente con un plan base por cada contrato de salud y no por cada beneficiario. 2) Las Isapres no pueden elaborar tabla de factores por sexo y edad por ser inconstitucional, pero la Corte Suprema legitimó una tabla confeccionada por la Superintendencia de Salud. 3) Al nonato y luego de nacido hasta los 2 años lo cubre completamente el GES, por lo tanto, no se le puede aplicar una tabla de factores. Después de esa edad legal, se le aplica un plan correspondiente a los dos años, el que es inmodificable en el tiempo, salvo que sea a la baja**.** 4) La tabla de factores diseñada por la Superintendencia de Salud se aplica solo cuando el cotizante ingresa a la Isapre y es inmodificable en el tiempo, salvo que sea beneficioso para el cotizante.

Así, la Corte estimó que "si bien el mecanismo de determinación del precio final del contrato de salud individual de la recurrente, esto es, la multiplicación del precio del plan base por la suma de los factores del grupo familiar, es conforme a la ley vigente, lo cierto es que la recurrida, al considerar en ese procedimiento una tabla de factores que distingue por sexo entre 14 grupos etarios, incurre en un acto ilegal y arbitraria, pues las disposiciones que permitían esa clase de discriminaciones fueron derogadas por la sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1.710-10, por infringir la garantía de igualdad ante la ley del artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental"[5], ordenando que "(por tanto,) al acoger este recurso, para dar adecuada protección al recurrente y a todos los afectados con la aplicación de la tabla de factores empleada por la recurrida a sus planes y contratos de salud, *con pleno respeto del principio de igualdad consagrado en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, esta Corte deberá declarar como ilegal y arbitrario el hecho de mantener su vigencia con carácter general para todos los contratos individuales de salud que administra y a los que aplica*[6], ordenando las medidas que se indicarán en lo resolutivo para restablecer el imperio del derecho, de conformidad con las facultades conferidas en el artículo 20 de la Carta Fundamental"[7].

Se suscribe la parte resolutiva del fallo Rol 16.630-2022 (que tiene diferencias menores con los otros fallos) en donde la Corte Suprema "confirmó la sentencia apelada de veinte de mayo de dos mil veintidós, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, con declaración que:

5 Corte Suprema, Rol 16.630-2022, 30-11-2022, C°22.

6 El destacado es nuestro.

7 En el caso particular del fallo Rol 16.630-2022, en el párrafo segundo del considerando vigesimoséptimo, que confirma la sentencia apelada (del 20 de mayo de 2022 por la Corte de Apelaciones de Valparaíso).

1. Se deja sin efecto la "tabla de fijación de precios de suscripción y modificación al número de beneficiados" o tabla de factores que la recurrida, Isapre Colmena Golden Cross S.A., tiene asociada al plan de salud contratado por la recurrente; 2. Consecuencialmente, *se deja sin efecto la aplicación de dicha tabla de factores para calcular el precio final de todos los contratos de salud individual administrados por la Isapre Colmena Golden Cross S.A*[8].; 3. En su lugar, Isapre Colmena Golden Cross S.A. *deberá calcular el precio final de todos los contratos de salud que administre*[9], multiplicando el valor del plan base correspondiente por la suma de los factores del grupo familiar, aplicando para ello la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N° 343 de la Superintendencia de Salud. (…) 6. La Superintendencia de Salud, en ejercicio de sus facultades de fiscalización y dentro del plazo de seis meses, *determinará el modo de hacer efectiva la adecuación del precio final de todos los contratos de salud administrados por la recurrente a los términos de la Tabla Única de Factores contenida en la Circular IF/N°343*[10]. (…) 8°.- *Que el Secretario de esta Corte oficiará a todas las Cortes de Apelaciones que estén conociendo recursos de protección contra Isapre Colmena Golden Cross S.A. por la aplicación de "TABLA DE FIJACIÓN DE PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN Y MODIFICACIÓN AL NÚMERO DE BENEFICIADOS", para que se agregue copia autorizada de esta sentencia*[11](…)"[12].

1.4 Tercera oportunidad en la cual la CS dictó un fallo con efecto erga omnes en materia de salud: alza del precio cobrado por la prima GES

Al año siguiente, con fecha 10 de agosto del año 2023 la Tercera Sala de la Corte Suprema (CS) en causa rol N° 19.031-2023 dictó sentencia de alzada confirmando la respectiva apelación y resolviendo, en una decisión inédita por su alcance, dos cosas: primero, que la Isapre recurrida Mas Vida S.A. debía dejar sin efecto el alza de precio por concepto de prima GES que había dispuesto *a todos sus afiliados*[13] con ocasión de la entrada en vigencia del D.S. N° 72 de 1 de octubre de 2022; y,

8 Destacado es nuestro.

9 Destacado es nuestro.

10 Destacado es nuestro.

11 Destacado es nuestro.

12 Corte Suprema, Rol 16.630-2022, OP, Cit., C°27, Corte Suprema, Rol N° 25.570-2022, 30-11-2022, C°24, Corte Suprema, Rol N° 14.513-2022, 30-11-2022, C°24.

13 El destacado es nuestro.

segundo, le ordenó que debía ajustar el precio a pagar *por sus afiliados*[14] por prima GES a la suma de 9,54 unidades de fomento anuales que corresponde al valor de la prima GES vigente para el trienio anterior[15]. Lo anterior se traduce en el hecho de que la Corte Suprema extendió los efectos de su decisión a aquellos afiliados que no habían recurrido y, por ende, las sentencias tuvieron efectos generales o erga omnes.

Para fundar el alcance general de su decisión, la Corte citó jurisprudencia anterior[16] relativa a la fijación del precio de los contratos de salud por las Isapre donde ya había indicado que el acto recurrido "no es la carta mediante la cual se comunica al recurrente el alza que impugna, sino la decisión de la recurrida de fijar como precio de la prima GES para todos sus beneficiarios, esto es, con carácter general, la suma que se ha estimado arbitraria, razón por la cual se hace ahora necesario determinar el alcance de una declaración de esta naturaleza, la que no se realizó en los procesos anteriores y permitió mantener vigentes en términos generales las primas entonces fijadas[17]". Y, a mayor abundamiento, defendió dicho carácter general argumentando que los alcances del artículo 3° del Código Civil (CC)-esto es el efecto relativo de las sentencias- no es absoluto "pues depende, como el propio texto citado establece, única y exclusivamente de la naturaleza de la causa en que recaigan"[18], citando la existencia de varias excepciones a la misma existentes actualmente en nuestro ordenamiento jurídico como, por ejemplo, en materia de estado civil de las personas (artículo 315 CC), en materia administrativa respecto de la ilegalidad de las resoluciones municipales que "afecten el interés general de la comuna", según dispone el artículo 122, letra a) de la Ley N° 18.695[19]

14 El destacado es nuestro.

15 Indica la parte resolutiva de la sentencia: 1. Se deja sin efecto el alza de precio por concepto de prima GES que la recurrida, Isapre Nueva MasVida S.A. ha dispuesto a todos sus afiliados con ocasión de la entrada en vigencia del D.S. N° 72 de 1 de octubre de 2022. 2. En su lugar, Isapre Nueva Mas Vida S.A. deberá ajustar el precio a pagar por sus afiliados por prima GES a la suma de 9,54 unidades de fomento anuales que corresponde al valor de la prima GES vigente para el trienio anterior.

16 Corte Suprema, Roles N° 12.508-2022, 18-08-2022, N° 12.514-2022, 18-08-2022, N° 13.109-2022, 18-08-2022, N° 13.222-2022, 18-08-2022, N° 14.268-2022, 18-08-2022, N° 13.178-2022, 18-08-2022, N° 14.691-2022, 18-08-2022, N° 13.709-2022, 18-08-2022, N° 16.670-2022, 18-08-2022, además de N° 13.981-2022, 13-12-2022, N° 14.513-2022, 30-11-2022, N° 16.497-2022, 13-12-2022, N° 16.630-2022, 30-11-2022, entre otros (c. Vigesimosegundo).

17 Corte Suprema Roles N° 12.508-2022, 18-08-2022, N° 12.514-2022, 18-08-2022, N° 13.109-2022, 18-08-2022 N° 13.222-2022, 18-08-2022, N° 14.268-2022, 18-08-2022, N° 13.178-2022, 18-08-2022, N° 14.691-2022, 18-08-2022, N° 13.709-2022, 18-08-2022, N° 16.670-2022, 18-08-2022, además de N° 13.981-2022, 13-12-2022, N° 14.513-2022, 30-11-2022, N° 16.497-2022, 13-12-2022, N° 16.630-2022, 30-11-2022,, entre otros (c. Vigesimosegundo).

18 Considerando vigesimotercero sentencia en comento.

19 Señala la Corte en su considerando vigesimotercero: "También en el derecho administrativo la ilegalidad de

y respecto del mismo recurso de protección cuando aquel se pronuncia respecto de un acto de la administración[20].

1.5 Otros casos en los que la autoridad ha dictado fallos o emitido actos con efectos erga omnes en materia de Isapres

Con todo, y sin perjuicio que esta investigación se circunscribe a casos dictados por el máximo tribunal, se considera pertinente al menos mencionar que existen otros casos especialmente relevantes en materia de salud en donde otras judicaturas u organismos de la administración han dictado fallos o actos con efectos erga omnes. Así con fecha 6 de agosto de 2010 el Tribunal Constitucional emitió la Sentencia Rol 1710-10 INC, en la causa iniciada de oficio, que tuvo por objeto examinar la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933 (Ley de Isapres), previamente declarado inaplicable por sentencias roles 976, 1218, 1273 y 1287. Lo anterior, en atención a que su aplicación en las gestiones judiciales pendientes en las primeras dos causas resultaba contraria a los numerales 2º (Igualdad ante la Ley) y 9º (Derecho de protección a la salud) del artículo 19 de la Constitución, mientras que en los otros dos casos, se vulneraban los numerales 2°, 9° y 18º (derecho a la seguridad social) del mismo precepto constitucional.

Asimismo, la Circular IF/343 de la Superintendencia de Salud de 2019 fijó con efectos generales una tabla única para esos factores. Coincidimos con Thayer en

ciertos actos que recaen sobre una generalidad de personas afecta a todas ellas, aun cuando haya reclamado una sola, como sucede con la ilegalidad de las resoluciones municipales que "afecten el interés general de la comuna", según dispone el artículo 122, letra a) de la Ley N° 18.695, tal como se ha resuelto por esta corte, por ejemplo en los autos roles N° 18.955-2021, N° 7.868- 2022, N° 5.260-2021, N° 99.420-2020, entre otros. Por ello, respecto de la invalidez de los actos administrativos, la doctrina reconoce su carácter general como consecuencia no del efecto de cosa juzgada de la sentencia, sino de la naturaleza propia pública y general del acto que ha sido dejado sin efecto. Así, se señala que "la negación de cualquier clase de efectos a un acto nulo de pleno derecho tiene consecuencias, también, erga omnes, de manera que puede hacerse valer tanto por los directamente afectados o interesa- dos en el acto o negocio de que se trate, como por cualquier otra persona. Tampoco puede fundarse en un acto nulo cualquier otro que lo reproduzca o traiga razón de él. Haya sido o no declarada formalmente la nulidad, también esta otra clase de actos reproductorios o confirmatorios son inválidos" (Muñoz Machado, Santiago, "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General", 2017, tomo XII p. 17. En la misma línea, García de Enterría, Eduardo, y Fernández Tomás-Ramón, "Curso de Derecho Administrativo" 1974, tomo I, p. 65; y Lavié Pico Enrique V., "Los efectos erga omnes de la sentencia", en "Una Mirada desde el fuero contencioso administrativo Federal sobre el Derecho Procesal Administrativo", Fundación de Derecho Administrativo, 1ª edición, Buenos Aires, FDA, 2012, p. 242".

Con todo, en la doctrina nacional es posible encontrar otros casos que son considerados excepciones al efecto inter partes, considerados dentro de la eficacia "ultra partes" de la sentencia. Ellos son: la acción derivativa del art. 133 bis de la Ley de Sociedades Anónimas, en materia de responsabilidad civil por daño ambiental, en la protección a los consumidores, en materia de estado civil, en materia de alimentos, la sentencia que rechaza la inscripción registral.

20 La Corte señala en su c. vigesimotercero: "el profesor Eduardo Soto Kloss, sostiene que si el tribunal adopta la decisión de dejarlo sin efecto, aquel desaparece del ordenamiento jurídico, no pudiendo aplicarse por otro órgano de la administración ni ser discutido en otro proceso, salvo el caso del recurso de revisión, general a todo el ordenamiento procesal, como consecuencia de la naturaleza propia pública y general del acto que ha sido dejado sin efecto (Eduardo Soto Kloss, "El recurso de protección", 1982, p.302 y siguientes)".

el sentido que si frente al imperio "erga omnes" de la sentencia del Tribunal Constitucional en la causa Rol 1.710-10, la cual derogó la norma que estableció los factores de riesgo sobre la base de los cuales las Isapres calculaban el precio de los planes de salud, y frente al mismo imperio de la Circular IF/343 de la Superintendencia de Salud de 2019 que fijó una tabla única para esos factores, "las sentencias que acogieron los recursos de protección produjeron, también, en favor de todos los cotizantes en igual situación, el efecto "erga omnes", por cuanto es impensable que una misma sentencia del Tribunal Constitucional o un mismo acto administrativo con tal efecto sean válidos y aplicables para algunas personas y no válidos ni aplicables para otras", todo ello en respeto al principio de igualdad.

2. Comentarios de la doctrina respecto a los posibles efectos de los fallos en comento.

La doctrina nacional concurrió en reiteradas ocasiones a dar su opinión respecto del efecto erga omnes de los fallos dictados por la CS, sus implicancias respecto al artículo 3° inciso segundo del CC y se dividió en dos opiniones: los que consideraban que estos fallos no atentaban el principio de legalidad y por ende la CS sí está facultada para emitirlos versus aquellos que opinaban que sus efectos son un mal precedente y afecta el Estado de Derecho, entre otras consideraciones.

2.1 Comentarios que postulan que la jurisprudencia en comento contravino lo dispuesto en el artículo 3° inciso segundo del Código Civil.

A. Se obligó a acatar el fallo a terceros no intervinientes en el juicio y se dictaron políticas públicas

La jurisprudencia en comento ordenó que sus efectos alcanzaran a terceros que no litigaron como otros afiliados y otras Isapres lo que atentaría contra la normativa vigente del Código Civil. Para Carlos Peña[21], la circunstancia incluso se vería agravada atendido que a la administración estatal -en este caso la Superintendencia de Salud, que no participó en el juicio- se le obligó a cumplir lo que en ella se ordenó (lo que se reflejó en el hecho de que esta entidad solicitó ampliación del plazo para resolver lo dispuesto en el fallo). Para Peña -de acuerdo con el estricto enunciado de la normativa vigente- la sentencia no tiene la potestad de obligarla ni a ella ni por extensión a las Isapres que no participaron del litigio, lo que conlleva a su juicio un primer gran problema, esto es, obligar a instituciones (terceros) que no intervinieron en dicho proceso.

21 El Mercurio, Carlos Peña, Mala salud Institucional, 17 de mayo de 2023.

B. A través del fallo se dictaron políticas públicas

Estas decisiones implicarían necesariamente que la Suprema Corte estaría ejecutando políticas públicas (circunstancia que para Peña la Corte viene haciendo desde antes de este fallo), y que, en ningún caso, correspondería al modo correcto en el cual deben resolverse cuestiones de interés general.

A su juicio, si bien la decisión podría ser considerada justa desde el punto de vista de cada afiliado (o contractual), sería obviamente mala desde el punto de vista institucional, ya que según el Código civil sólo le corresponde al legislador interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio y, en cambio, respecto de las sentencias sólo resultan obligatorias para las partes que comparecen en juicio. Para el académico este lineamiento acarrearía malas consecuencias desde el punto de vista general ya que la forma de decidir una política pública exige otro tipo de racionalidad, aquella que considere los intereses de todos y no sólo los particulares, por cuanto "tratar la solución de estos últimos como un sucedáneo de la ley o como un equivalente funcional del legislador (…) es una muestra de mala salud institucional", lo que constituiría una segunda gran objeción a la sentencia en comento[22].

C. Se atenta contra el debido proceso y el derecho de acceso a la justicia

Con todo, ésta no habría sido la primera vez que la Corte Suprema dicta un fallo con efectos erga omnes (fuera de las hipótesis facultadas por la ley) contraviniendo así el artículo 3° del código de Bello ya que para el centro de estudios Libertad y Desarrollo (LyD)[23] dicha norma reconocería que "la tarea del juez es hacer justicia" que "equivale a dar a cada uno lo suyo"[24], ajustando su decisión a lo concreto y particular en un marco de un proceso sustanciado en el debido proceso, de modo tal que cuando "el juez o la Corte Suprema dictan sentencias con efectos generales (…) vulneran el derecho a un debido proceso y el derecho de acceso a la justicia de los terceros afectados"[25] ya que "los jueces no pueden adoptar decisiones que afecten la generalidad inconsulta de personas, con control democrático alguno"[26].

22 Para Peña, en referencia a cuál es el alcance de la sentencia en cuestión plantea dos posibles respuestas. Una que el fallo "pretenda ser obligatorio (…) lo que sería contrario al derecho vigente" y la segunda es que "el fallo no posee, ni puede poseer obligatoriedad general y el Congreso, el Presidente de la República, la ministra de Salud, las Isapres y millones de cotizantes estarían envueltos en una comedia de malos entendidos, en un laberinto de equívocos, de tropiezos absurdos".

23 Libertad y Desarrollo, Op. Cit.

24 Libertad y Desarrollo, Op. Cit.

25 Libertad y Desarrollo, Op. Cit.

26 Libertad y Desarrollo, Op. Cit.

Entonces al dictar sentencias con efectos generales la Corte Suprema invade necesariamente las atribuciones del legislador lo que se vería agravado por el hecho de que no existe norma constitucional que lo faculte (siendo la única excepción la acción de inconstitucionalidad que conoce el Tribunal Constitucional por medio del cual se le faculta "para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal y expulsarlo del ordenamiento jurídico con efectos generales"[27]).

D. Se trataría de leyes encubiertas nulas de pleno derecho

Esta es la opinión del abogado Hernán Corral Talciani[28] para quien este tipo de fallos de la Corte Suprema "son leyes encubiertas que no deben ser acatados ni por la Superintendencia ni por el Congreso, ya que son nulos de pleno derecho" "por transgredir los artículos 6 y 7 de la Constitución", postura compartida también por Miguel Aldunate[29]. Para Corral "la acción de protección no permite que sus fallos se extiendan a personas que no han reclamado ni recurrido a los tribunales, ya que ello lesiona el efecto relativo de los fallos que, conforme al art. 3 del Código Civil, deben aplicarse solo a las partes" y considera que "la Corte Suprema, en su tercera sala, se siente con la potestad de transgredir las atribuciones del Congreso y fijar políticas públicas que implican el colapso final del sistema privado de salud".

E. Con este tipo de fallos los ciudadanos quedan sin jueces y con dos legisladores: uno democrático y otro no

De acuerdo con Miguel Aldunate[30] "no existe derecho alguno que ampare una decisión con carácter general y abstracto, una afinidad de casos que no estaban sometidos a su conocimiento". Entonces, con su sentencia, la Corte "abandona su deber oír a las partes, atender al mérito de los expedientes, y de hacer justicia en el caso concreto quedando los ciudadanos "sin jueces "y con dos legisladores "uno democrático y otro no".

27 Libertad y Desarrollo, Op. Cit.

28 El Mercurio, Corral, Hernán, Corte Suprema, tabla de factores e Isapres, 24 de mayo de 2023. Disponible en: http://bcn.cl/3dbhm.

29 Para Aldunate la Corte Suprema habría trasgredido la regla constitucional del artículo 7° de la Constitución que ordena que "ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes".

30 Diario Financiero, Aldunate, José Miguel, Suprema Usurpación, 07 de diciembre de 2022. Disponible en: https://www.df.cl/opinion/columnistas/suprema-usurpacion.

F. Es una extralimitación al rol encomendado a la Corte Suprema que conlleva un gran riesgo

Para Rodrigo Correa[31] -quien sostuvo estar "bastante de acuerdo con la afirmación del rector Peña"- "la Corte tiene que resolver el caso que se le presenta y acá resolvió más de lo que se le presentaba" y apuntó a la mala regulación de la industria como una de las razones por la cual la Corte entrega estas resoluciones. "Las Cortes se han sentido obligadas a intervenir para mejorar la regulación, y esto es un ejemplo bueno de cómo las Cortes difícilmente pueden hacer eso sin generar enormes riesgos como lo que estamos viendo ahora. Uno entiende que lo hayan hecho porque es un problema, pero es un problema que de muy mala manera las Cortes pueden contribuir a mejorar". Por último, el abogado constitucionalista aseguró que, si bien la Corte "siente una responsabilidad en actuar, yo esperaría que la Corte advirtiera que este no es su rol y es un rol para lo que no está bien dotada, puede no hacerlo bien y hay muchísimo riesgo de que el resultado puede ser muy malo. Ojalá que salgamos bien de esto, pero puede terminar muy mal".

G. Constituye un activismo judicial y omisión o complicidad de parte del legislador

Por último, Claudio Alvarado[32] postula que entre los motivos por los cuales se puede explicar esta judicialización de parte del máximo tribunal "suelen mencionarse una determinada manera de comprender el ejercicio de la jurisdicción —activismo judicial— y la omisión o complicidad del legislador, al no dictar las reglas del caso (todo lo cual ha sucedido en materia de Isapres)", a lo que cabe añadir un motivo adicional. Y es que a su juicio "los problemas de diseño institucional y, en este caso concreto, la regulación y práctica del llamado recurso de protección". Para el "es verdad que esta acción constitucional ha significado un avance en la protección de derechos fundamentales, pero también lo es que se ha convertido en una de las principales vías de judicializar los debates referidos a prestaciones sociales (así ha ocurrido con las Isapres y los remedios de alto costo)".

31 El Libero, Abogado Rodrigo Correa y fallo por Isapres: "La Corte Suprema excedió sus atribuciones, 23 de mayo de 2023. Disponible en: https://ellibero.cl/actualidad/abogado-rodrigo-correa-y-fallo-por-Isapres-la-corte-suprema-excedio-sus-atribuciones/

32 IES, Alvarado, Claudio, Mala Salud Institucional, 7 de junio de 2023. Disponible en: https://www.ieschile.cl/2023/06/mala-salud-institucional/

2.2 Comentarios que postulan que la jurisprudencia en comento no contravino lo dispuesto en el artículo 3° inciso segundo del Código Civil (y, en algunos casos, están a favor del precedente judicial)[33].

A. Fue imposible para la Corte Suprema excusarse de resolver lo planteado

Quien marcó un punto de inflexión en esta discusión, y por lo demás respondió a los primeros dichos de Carlos Peña, fue el ex ministro de la Corte Suprema y profesor Lamberto Cisternas[34]. Desde su perspectiva, respecto de la afirmación

33 Entre quienes están de acuerdo en sostener que al dictar el fallo con efectos erga omnes la Corte Suprema no vulneró el artículo 3° del Código Civil se encuentran Lamberto Cisternas en una primera (El Mercurio, Cisternas, Lamberto, Mala salud institucional, 25 de mayo de 2023). Disponible en: http://bcn.cl/3d7iy; y segunda columna (El Mostrador, Cisternas, Lamberto, No aplicar fallo a todos los afiliados de Isapres "es una desigualdad absoluta", 23 de mayo de 2023. Disponible en: http://bcn.cl/3dbv8 y https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2023/05/23/lamberto-cisternas-no-aplicar-fallo-a-todos-los-afiliados-de-isapres-es-una-desigualdad-absoluta/; El Mercurio, Enrique Navarro, Abogados coinciden en que "sorprende" que la sentencia dé una orden al legislador, pero creen que responde a inacción del "sistema político", 17 de mayo de 2023. Disponible en: http://bcn.cl/3d64h. El Mercurio, Rosa Fernández Gómez, "Abogados coinciden en que "sorprende" que la sentencia dé una orden al legislador, pero creen que responde a inacción del "sistema político", 17 de mayo de 2023. Disponible en: http://bcn.cl/3d64h. Diario Constitucional, Maximiliano Ravest, "Efecto relativo o general de las sentencias", 29 de junio de 2023. Disponible en: https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/efecto-relativo-o-general-de-las-sentencias/. Derecho.uach.cl, María Elisa Morales, "La Corte Suprema, las Isapres, la protección del consumidor y la nueva Constitución", 09 de junio de 2023. Disponible en: https://derecho.uach.cl/index.php/vinculacion-con-el-medio/columnasdeopinion/53-columnasdeopinion/2892-la-corte-suprema-las-Isapres-la-proteccion-del-consumidor-y-la-nueva-constitucion.html. El Mostrador, Luis Eduardo Thayer Morel, "Las sentencias del "caso Isapres" que debieran aplicarse "erga omnes", 09 de junio de 2023. Disponible en: https://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2023/06/09/las-sentencias-del-caso-Isapres-que-debieran-aplicarse-erga-omnes/. La tercera, Carlos Cáceres Burgos junto a Pablo Soto, Sentencias de protección, 09 de junio de 2023. Disponible en: https://www.latercera.com/opinion/noticia/sentencias-deproteccion/G5G7YZMTQBB5BH75ZE7KUQWJ2Y/. También cabe considerar aquí al Poder Ejecutivo quien, a través de la Ministra de Salud, reconoció que el fallo tiene efectos generales aunque rechazó que éste tuvieran instrucciones a la Superintendencia (Minsal.cl, Ministra de Salud ante fallo de la Corte Suprema: "El objetivo como Ejecutivo es mantener las garantías de acceso de los afiliados de Isapres", 11 de agosto de 2023. Disponible en: https://www.minsal.cl/ministra-de-salud-ante-fallo-de-la-corte-suprema-el-objetivo-como-ejecutivo-es-mantener-las-garantias-de-acceso-de-los-afiliados-de-Isapres/. Por último, resulta pertinente considerar aquellas opiniones que a propósito de la sentencia están a favor de la doctrina del precedente judicial como: Diario Constitucional, Carlos Clemente : "El efecto general prima facie de las sentencias de la Corte Suprema en el sistema de fuentes del Derecho de Chile", 12 de julio de 2023. Disponible en: https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-efecto-general-prima-facie-de-las-sentencias-de-la-corte-suprema-en-el-sistema-de-fuentes-del-derecho-de-chile/. Derecho.uc.cl, Enrique Alcalde: "Profesor Enrique Alcalde y su columna "La Corte Suprema y el 'precedente': del dicho al hecho…", Disponible en: https://derecho.uc.cl/es/noticias/derecho-uc-en-los-medios/15215-profesor-enrique-alcalde-y-su-columna-qla-corte-suprema-y-el-precedente-del-dicho-al-hechoq. Derecho.uc.cl, José Francisco García, (aunque en materia constitucional), Profesor José Francisco García: El precedente horizontal en el Tribunal Constitucional (a propósito de Finning y la "nueva doctrina laboral"). Disponible en: https://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/33197-profesor-jose-francisco-garcia-el-precedente-horizontal-en-el-tribunal-constitucional-a-proposito-de-finning-y-la-nueva-doctrina-laboral. El Mercurio, Carolina Helfmann, (aunque sobre en un fallo diverso), "El posible efecto no tan relativo de las sentencias: reflexiones a propósito de un fallo de la Excma. Corte Suprema en materia aduanera", 16 de mayo de 2012. Disponible en: https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=901135&Path=/0D/C0/. Y el profesor Lamberto Cisternas: Cisternas, Lamberto, Diálogo 7: seguridad jurídica. Debilitamiento del Estado de derecho, en *Revista de Derecho Aplicado LLM UC*, Vol. 11 (Pontificia Universidad Católica de Chile), 2023. Disponible en: https://doi.org/10.7764/rda.0.11.65225

34 En otra oportunidad el profesor Cisternas señaló a propósito de la problemática de la excesiva judicialización con el tema Isapres: "Esta cosa explotó en el momento en que la Corte Suprema —y esto es una cosa discutible, lo tengo muy claro—, en que esa sala en específico dijo «hasta cuándo vamos a seguir con este tema de los recursos de protección, que nos llenan la tabla y dificultan todo; entonces, digamos algo». Yo no

que "lo que le parece una extralimitación de la Corte en pro de establecer o dictar políticas públicas, invadiendo con ello facultades de la autoridad política" debe tenerse en cuenta que "(1) que la Corte no ha podido excusarse de resolver lo planteado; (2) que se ha basado en el cuerpo de derechos de quien recurre, en particular el derecho a la vida y a la salud; (3) que en muchos casos deniega el recurso por falta de antecedentes contundentes; y (4) que la autoridad política no ha puesto en práctica políticas públicas que solucionen estos problemas y eviten recurrir a los tribunales".

En relación con el efecto de las sentencias, Cisternas estima que "no se trata de un fallo que ordene extender sus efectos a todas las Isapres; ya que fueron varios fallos relativos a distintas instituciones y al mismo problema y con la misma solución, de los cuales se ordenó dejar copia en los expedientes sobre protección llevados en las Cortes de Apelaciones contra la respectiva Isapre"[35] y destacó los aspectos históricos y prácticos que hacen el contexto de esta decisión por cuanto "las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema han recibido millones de recursos sobre alzas de precios de planes (el año 2022 más de 660.000 en las Cortes de Apelaciones y más de 140.000 en la Corte Suprema); habido postergación de otros asuntos en la vista de los tribunales; destinación extraordinaria de personal; uso excesivo de materiales; carga de las costas para las Isapres; etcétera. Si no se hubiesen resuelto los temas planteados en la forma que se hizo, la posibilidad de continuar con la misma afluencia (avalancha) de recursos de protección era más que evidente" y, en ese sentido, para el abogado "no hubo transgresión al artículo tercero del Código Civil. Lo que pasó fue lo obvio: como el problema era común y la solución fue similar, quedó involucrado todo el sistema, y así se actuó. Tampoco ha habido injerencia en las políticas públicas, pues la actuación judicial se ha limitado a resolver el asunto planteado por los recurrentes".

B. Aplicar el fallo a todos los afectados obedece a un deber de igualdad de trato

En cuanto a la crítica respecto a que la Corte excedió sus funciones al aplicar el fallo a personas que no estuvieron involucradas en el proceso, Cisternas replicó

estaba en la sala, pero supongo que alguien dijo «bueno, van a seguir igual diciendo esto mismo, entonces, digámoslo de una vez». Eso es para unos, que el Poder Judicial asuma facultades legislativas, etcétera; y para otros, que actúe operativamente. Pero esto perfectamente pudo haberse hecho antes con reformas legales adecuadas en su momento, etcétera": Op. Cit. Diálogo 7: seguridad jurídica. Debilitamiento del Estado de derecho.

35 Cabe agregar que Cisternas sostuvo que se dispuso un plazo prudente para que se cumplieran los fallos, dándose instrucción al organismo técnico -la Superintendencia de Salud. Esta institución "ordenara lo conveniente para tal cumplimiento, plazo que luego se amplió a petición de ese organismo. Las soluciones posibles se deliberan ahora en las cámaras legislativas".

que el máximo tribunal resolvió las reclamaciones presentadas por los cotizantes y determinó que todos los afectados en la misma situación debían ser compensados aduciendo que un resultado contrario "generaría una desigualdad absoluta entre los cotizantes y que se previó que más personas presentarían recursos de protección en busca de aplicar el mismo criterio"[36].

Misma opinión comparte María Elisa Morales para quien el fallo con efectos generales consigue respetar el principio de igualdad consagrado en el artículo 19, n° 2, de la actual Constitución.

C. Sí es posible hacer extensivo los efectos del fallo a terceros no intervinientes

Varias opiniones coincidieron en que nada impedía que el máximo tribunal pudiera hacer extensivo su fallo a terceros ajenos al respectivo recurso atendiendo "el efecto universal que tiene la circular de la Superintendencia amparada a su vez en el efecto universal del fallo del Tribunal Constitución al que declaró inconstitucional las disposiciones que permitían la discriminación por sexo y edad en la tabla de factores de riesgo elaboradas por las Isapres y que, como consecuencia de tal declaración, dispuso su derogación "erga omnes" desde la fecha de publicación de la sentencia".

D. El gran responsable es el legislador

Para Enrique Navarro[37], la "Corte Suprema no ha intervenido en la política pública, sino que analiza el accionar de las Isapres y si acaso se infringen los derechos fundamentales, en especial la igualdad ante la ley, así la prohibición de establecer diferencias arbitrarias". A juicio de Navarro el gran responsable sería el "legislador que no dictado la respectiva normativa desde el año 2020, cuando el TC declaro inconstitucional de la tabla de factores".

Por su parte María Elisa Morales considera crítica la circunstancia de que la actual legislación permita que existan situaciones que siendo material y paradigmáticamente relaciones de consumo (y que otorga efectos erga omnes) no puedan atacarse a través de los medios que la misma ley del consumo provee, siendo estos los idóneos al efecto"[38]. Así, sostiene, "los abusos masivos cometidos

36 Cisternas, Lamberto: "No aplicar fallo a todos los afiliados de Isapres "es una desigualdad absoluta". Op. Cit.

37 Ex Ministro del Tribunal Constitucional, académico de las Universidades Chile y Finis Terrae.

38 Dice Morales: "Ante la notoriedad de los abusos, las asociaciones de consumidores -recurriendo a las contraexcepciones que establece el artículo 2 bis de la ley del consumo- han intentado sin éxito que los tribunales interpreten la aplicación parcial de ley protectora a las Isapres. Como ejemplos se pueden citar el caso Conadecus con Isapre Consalud y Odecu con AFP Habitat. La consecuencia de lo anterior es que aun verificándose el supuesto material de la relación de consumo no ha sido posible beneficiarse de las herra-

por las Isapres respecto de sus usuarios se ventilan mediante miles de recursos de protección, pudiendo resolverse mediante juicios colectivos con sentencias que produzcan efecto erga omnes. Esta situación poco razonable es actualmente posible porque es la ley la que establece qué situaciones quedan amparadas por el estatuto protector y cuáles no" y aboga por que exista en el futuro una reforma constitucional que la cambie.

E. Existen otros ejemplos en la legislación actual que acogen los efectos generales de la sentencia

Para Rosa Fernández Gómez las sentencias sí pueden producir efectos generales y agrega que "estos fallos de la Corte Suprema nosotros la hemos visto por años, no es un tema de ahora. El máximo tribunal de cierta manera intenta ponerle un punto final" a los innumerables recursos de protección".

Misma opinión comparte Thayer Morel quien se declaró opositor a las opiniones emitidas por Carlos Peña ya que en su ejercicio profesional había podido constatar que existen cada vez más excepciones de sentencias que producen un efecto erga omnes[39].

Maximiliano Ravest, por su parte, postula que existen otros ejemplos en nuestra legislación que acogen efectos generales y cita al efecto el ejemplo del artículo 20 de la Constitución el cual regula el recurso de protección y que regula precisamente la acción en la cual se encuentra circunscrita la problemática a quo. En dicha normativa se señala que el recurso de protección "puede ser interpuesto por el afectado o por cualquiera en su nombre, norma que tiene el sentido de permitir a cualquier persona acudir en favor de otra que por distintas razones no pueda acudir a la justicia". Además, cita lo establecido en la misma norma respecto de los jueces, por cuanto: "adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho". Y agrega que se debe considerar que, si bien los tribunales en nuestro país tienen sentencias con efectos relativos, si la Corte Suprema da una instrucción a una entidad administrativa, como la

mientas protectoras de la ley del consumo para atacar los contratos que éstas imponen a sus afiliados, como tampoco solicitar la indemnización por los daños derivados de las infracciones de sus derechos, ni servirse de las ventajas de los juicios colectivos como lo es, por ejemplo, el efecto erga omnes".

39 Cita al efecto el art. 315 CC respecto de la declaración de paternidad y maternidad y los recursos de protección que fallan temas medioambientales. Y particularmente en materia de Isapres cita el "el imperio "erga omnes" de la sentencia del Tribunal Constitucional en la causa Rol 1.710-10, la cual derogó la norma que estableció los factores de riesgo sobre la base de los cuales las Isapres calculaban el precio de los planes de salud, y frente al mismo imperio de la Circular IF/343 de la Superintendencia de Salud de 2019 que fijó una tabla única para esos factores, las sentencias que acogieron los recursos de protección produjeron, también, en favor de todos los cotizantes en igual situación, el efecto "erga omnes", por cuanto es impensable que una misma sentencia del Tribunal Constitucional o un mismo acto administrativo con tal efecto sean válidos y aplicables para algunas personas y no válidos ni aplicables para otras".

Contraloría o la Superintendencia de Salud, un caso en que aparentemente es de efecto relativo se convierte en efectos generales y para ello cita el caso de la sentencia Rol 5984-2012, de la Excma. Corte Suprema[40].

F. La naturaleza constitucional del recurso de protección está por sobre el Código Civil

Otro de los argumentos a favor de la declaración erga omnes de la sentencia revisada se basó en la naturaleza constitucional del recurso de protección. En ese sentido, al ser "una acción cautelar de rango constitucional que puede ser interpuesta por cualquier persona en favor de todos los que resulten afectados -por igual causa- en algún derecho fundamental protegido" los tribunales superiores de justicia "al encontrarse mandatados para restablecer el imperio del derecho están, al mismo tiempo, habilitados para interpretar y aplicar la disposición constitucional en función de dicho objetivo, pudiendo o debiendo preferir su aplicación por sobre la norma de rango legal contemplada en el artículo 3 del Código Civil. De esta manera, las Cortes tienen plenas atribuciones para adoptar las medidas que estimen necesarias en favor de todos(as) quienes hayan sido beneficiados(as) por un mismo acto de la Administración, sin más límites que su prudencia hasta el punto en que se restablezca enteramente el imperio del derecho".

Por su parte, Carlos Cáceres Burgos junto a Pablo Soto también estiman discutible aplicar esta norma por tratarse de una norma de rango inferior a la que regula el recurso de protección (art. 20 CPR) más cuando nunca habría sido pensada para regir su sentencia. A su juicio el recurso de protección "ha mostrado ser una acción que cautela intereses difusos o generales (p. ej., en materia ambiental), de manera que no hay una innovación de la Corte cuando concede un efecto más allá de los intervinientes en el proceso" para concluir que el hecho que la Corte "fije el efecto general de los fallos en virtud del principio constitucional de igualdad es una decisión coherente con su propia práctica regulatoria de la acción"[41].

40 Sostiene Ravest: "En este caso las partes eran por una parte un grupo de municipalidades y por el otro la Contraloría General de la República. La Contraloría había sostenido sistemáticamente que las sociedades de inversión pasiva no pagaban patente municipal y por otra, la Corte Suprema había sostenido en diversos fallos, que si debían pagar dicho tributo. En este caso, la Excma. Corte Suprema señala, en su considerando 9º: "debe dejarse establecido una vez más que la Contraloría debe inclinarse frente a la jurisprudencia de los tribunales, lo que es fundamental para el orden institucional y particularmente válido cuando ésta es uniforme y permanente en el tiempo, por cuanto la jurisprudencia, con mucho mayor énfasis que en otras ramas del derecho, es fuente del derecho administrativo, por lo que si ella establece -interpretando la ley- que las sociedades de inversión deben pagar patente municipal, este criterio jurisprudencial constituye fuente del derecho y como tal integra el denominado bloque de la legalidad, siendo obligatoria para el ente contralor; naturaleza de la que carecen los dictámenes de la Contraloría, que son únicamente constitutivos de la "jurisprudencia administrativa" como señala el artículo 6 inciso final de su Ley Orgánica".

41 Por último, Thayer Morel se criticó que el debate se hubiera trasladado al terreno de lo "jurídico-procesal"

Siguiendo la misma línea argumental, Thayer Morel postula que la tesis de Peña y sus seguidores "pareciera estar muy rígidamente anclada a una interpretación del artículo 3 del Código Civil que tiene más de un siglo y medio sin apreciar que la velocidad del acontecer social va requiriendo ajustar el Derecho y sus regulaciones a un ritmo similar, si no se quiere que caiga en la obsolescencia. La aparición en el Derecho del Recurso de Protección regido por una norma constitucional de rango superior al Código Civil sería para el autor una demostración evidente del avance y de una institución protectora de los derechos y las libertades "erga omnes".

G. Comentarios a favor de la institución del precedente judicial

Otra de las aristas que se revisaron a propósito del fallo en comento dice relación con la opinión favorable respecto a la figura del precedente judicial. Así para Carlos Clemente aunque la jurisprudencia de los tribunales no tiene efecto obligatorio general, en la práctica, las sentencias de la Corte Suprema particularmente "tienen efecto general prima facie, en especial cuando existen criterios jurídicos asentados frente a presupuestos fácticos similares, los cuales solo pueden ser superados, ante la exposición de las diferencias materiales del caso a resolver, o en su defecto, ante la exposición de un razonamiento que venga a corregir el precedente anterior". Así, "(en la práctica) le entrega este efecto general a la sentencia del máximo tribunal, hasta que se asiente un nuevo precedente sólido que rebata o configure el anterior."

En cuanto a sus efectos, se estima que actualmente no sería posible mantener el efecto relativo de las sentencias[42], ya que, así como es perfectamente posible concretar la revisión judicial fáctica y de legalidad, debe complementarse con una nueva visión de la igualdad ante la administración de justicia, avanzando para llegar a la unificación de jurisprudencia y el precedente, a lo menos horizontal en la Corte Suprema. Desde ahí se postula que no existe actualmente inconveniente alguno para avanzar en ese sentido porque para él el artículo 3° CC -que suele ser esgrimido a fin de negar toda fuerza vinculante al precedente- tiene un alcance mucho menor del que se le atribuye y considera "que el denominado efecto relativo de la sentencia judicial sólo tiene relación con lo dispositivo del fallo, pero que en lo concerniente a su parte considerativa —esto es, en lo que atañe al fundamento, argumentación o razonamiento empleado— los tribunales no escapan de las

y no al de lo "sustantivo".

42 Enrique Alcalde recordando las palabras del Presidente de la Corte Suprema con ocasión del "Conversatorio sobre Reforma Procesal Civil"

reglas a que se halla sometido todo órgano o autoridad en un Estado de Derecho, particularmente en lo tocante a su obligación de motivar o justificar debidamente sus decisiones —y con mayor razón un cambio o modificación de las mismas— así como el no establecer diferencias arbitrarias entre justiciables que enfrentan una misma situación[43].

En apoyo a la idea del precedente judicial se cita jurisprudencia constitucional para observar los beneficios de la figura del precedente y la utilidad que esta figura podría tener en otras jurisdicciones[44] y se apoya la idea de esta figura comprendiendo que "asignarle valor a la jurisprudencia no significa darle el carácter de precedente del *common law*, pero si podría significar reconocer el mandato constitucional relativo al principio de igualdad y de eficiencia del sistema judicial, esperable de organismos públicos observantes del desarrollo de la jurisprudencia y dispuestos a analizar como lo resuelto por la Excma. Corte Suprema puede cooperar a mejorar su labor y así evitar riesgos de futuras nuevas impugnaciones, reconociendo, por cierto, que la adopción de un criterio judicial no impide a la autoridad administrativa modificar su postura de manera fundada."[45]

Por último, el profesor Lamberto Cisternas considera que la idea del precedente es una herramienta que podría ser útil en brindar mayor estabilidad al sistema y mayor certeza. Por lo mismo cita de la jurisdicción laboral el funcionamiento de un sistema de precedentes y de unificación y agrega que "ya hay varias materias que están unificadas y, en ese sentido, hay una determinada prioridad; eso no impide que el juez falle de otra manera, que la Corte confirme ese fallo y hay que ir de unificación y cumplir todos los requisitos. Entonces, no es una cosa absolutamente automática. Además, el sistema del precedente tiene muchas variables. Pero eso podría ser un elemento, yo diría, en ese sentido, una certeza (…)".

Se refuerza la idea del precedente judicial en especial en relación con el principio de igualdad en y ante la ley. Para Ravest no tendría ningún sentido que un ciudadano tuviera una interpretación de la ley y otro una distinta, lo que haría sentido que los fallos tuvieran, al menos en la forma de interpretar el derecho, efectos generales. Ello, a su juicio, exigiría que los tribunales tuvieran estabilidad en sus fallos sin cambiarlos drásticamente y de hacerlo estuviera circunscrito en una excepción justificada y fundada. Lo anterior porque estos cambios muchas

43 Con todo, Alcalde critica que los cambios reiterados de jurisprudencia hagan muy difícil que se logre consolidar dicha institución y con ello poder concretar los ideales de seguridad y certeza proclamados por el Presidente.

44 José Francisco García

45 Carolina Helfmann (aunque sobre en un fallo diverso)

veces afectan el ejercicio de derechos fundamentales y la implementación de políticas públicas. Para Cáceres y Soto que la Corte fije el efecto general de los fallos en virtud del principio constitucional de igualdad es una decisión coherente con su propia práctica regulatoria de acción, opinión compartida por Helfmann para quien la igualdad ante la ley, la interdicción de la arbitrariedad y la seguridad jurídica serían razones que podrían justificar que las sentencias de la CS fueran tratadas como precedentes. Por su parte, y en virtud del mismo principio, opina Cisternas que la Corte actuó conforme a ello dado que el problema era común y la solución similar quedando involucrado todo el sistema. Lo contrario, resolver para unos y no para otros, hubiera sido, a su juicio, una desigualdad absoluta porque algunos hubieran tenido el beneficio y el resto de los cotizantes no lo hubieran tenido dentro de la misma Isapre, es decir un resultado terrible.

3. Problemáticas de la cosa juzgada no resueltas actualmente por la doctrina autorizada

En la actualidad, la doctrina nacional no está conteste respecto de la pregunta que emana del presente documento: ¿Puede la Corte Suprema dictar sentencias con efectos erga omnes?, o dicho en otras palabras ¿es posible hacer extensivos los efectos de la cosa juzgada a terceros no intervinientes en el juicio?

Sin perjuicio de un importante número de "excepciones" que es posible encontrar en la legislación nacional y extranjera que sí atribuyen a ciertas sentencias efectos generales, pudimos constatar arriba que es posible encontrar una profusa doctrina que trata de resolver este dilema destacando sin duda la doctrina italiana que es la que más ha intentado dar respuestas a la misma.

Dicha interrogante tiene, por cierto, dos partes que merecen revisarse separadamente: la primera, tiene que ver con la cualidad que se le atribuye a la cosa juzgada y la segunda se refiere a sus límites subjetivos, temas que revisaremos a continuación.

3.1 Limitación de la cosa juzgada a la declaración de certeza y efectos de las sentencias

La figura de la cosa juzgada ha sido discutida desde hace décadas y desde hace décadas también es que se ha observado una lenta y progresiva transformación en el modo de entenderla[46]. Esta discusión se mantiene hasta el día de hoy y tras-

46 En palabras de Chiovenda: "Estamos asistiendo a una lenta y progresiva transformación en el modo de entender la eficacia inherente a la sentencia del juez, que se designa con el nombre de autoridad de la cosa

ciende a la problemática que nos enfrentamos en este texto. Para ello es relevante reproducir las diferentes posturas en cuanto a la naturaleza de la cosa juzgada.

La doctrina mayoritaria considera a la cosa juzgada "como uno de los efectos de la sentencia, o como su específica eficacia, entendida ésta bien como complejo de las consecuencias que la ley hace derivar de la sentencia, bien como conjunto de los requisitos exigidos para que pueda valer plenamente y considerarse perfecta"[47]. Desde ahí las distintas fórmulas destinadas a explicar el instituto de la cosa juzgada por muy diversas que sean todas las hacen equivaler, finalmente, a la creación irrevocable de declaración de certeza y con ello con el efecto declarativo de la sentencia.

Chiovenda señala que la cosa juzgada es el efecto de la sentencia que consiste en la afirmación de una concreta voluntad de la ley, esto es, en la producción de certeza en torno a su existencia lo que lleva necesariamente a entender a la cosa juzgada como la declaración de certeza realizada por el juez[48]. En síntesis, sostiene que consiste "en la indiscutibilidad de la existencia de la voluntad concreta de ley afirmada en la sentencia"[49] y más adelante la termina definiendo como "la afirmación indiscutible y obligatoria para los jueces de todos los futuros juicios, de una voluntad concreta de ley, que reconoce o desconoce un bien de la vida a una de las partes"[50].

Observaciones análogas determinan las definiciones de Rocco, Redenti y Betti: el primero habla de la "eficacia obligatoria de la sentencia con respecto a otro proceso"[51]; el segundo, de un vínculo de los órganos jurisdiccionales a considerar como verdadera la regulación de la relación resultante del fallo[52]; y el tercero de la "fuerza vinculante" y del "valor normativo" de la providencia para el juez de un

juzgada". Chiovenda, Guiseppe, *Sulla cosa giudicata, en Saggi di diritto processuale civile*, T. II, (Giuffrè, Milano), 1993, p. 399, visto en Liebman, Enrico Tulio, *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*, (Ediar Editores, trad. Santiago Santis Melendo), 1945, p. 19.

47 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., pp. 19-20.

48 Chiovenda Guiseppe, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Vol. 1, N. Jovene, 1933, p. 34, visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 32.

49 Chiovenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Napolis, Piazza Oberdan, 1923, p. 906, visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 65.

50 Chiovenda, Giuseppe, Istituzioni di diritto processuale civile, Op. Cit., p. 66.

51 Rocco, Alfredo, *Sentenza civile: studi*, (Editore Giuffrè, Milano), 1906, p. 36, visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 66.

52 Redenti, Enrico, *Il Giudizio Civile con pluralità di parti*, (Societa Editrice Libraria, Milano), 1911, p. 36, visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 66.

futuro proceso sobre el mismo objetivo[53]. Liebman critica de ellas su falta de claridad, la acumulación de dos elementos heterogéneos confundidos y mezclados en un concepto único; de manera que la intuición de la verdad no consigue abrirse camino la causa de la tradición inveterada que no permite distinguir las dos cosas bien diversas que son la eficacia y la autoridad de la sentencia[54].

Para Carnelutti "la inmutabilidad de la decisión responde, no ya a su carácter imperativo, sino a su función declarativa"[55] y propone resolver el problema de la cosa juzgada en los dos problemas distintos de la eficacia y de la inmutabilidad de la sentencia: la primera, que consiste en su imperatividad, es propiamente la autoridad de la cosa juzgada (cosa juzgada sustancial); la segunda es la que comúnmente se llama cosa juzgada formal, consistente en la preclusión de las impugnaciones[56] para luego concluir que "la cosa juzgada material y la cosa juzgada formal no son dos faces sino dos fases de los juzgado, de manera que la imperatividad se puede tener sin y antes de la inmutabilidad"[57]; lo que quiere decir es que la autoridad la cosa juzgada existiría sin y antes de pasar en cosa juzgada la sentencia; resultado a juicio de Liebman paradójico que se resuelve en una contradicción en los términos, ya que para el jurista la cosa juzgada no puede consistir en la imperatividad de la sentencia independiente de su definitividad y propia del pronunciamiento judicial en su cualidad de acto emanado de la autoridad del Estado y tampoco consiste en la inmutabilidad de la sentencia que protege de otro pronunciamiento[58].

Por su parte, Hellwig identifica la cosa juzgada con la declaración de certeza obligatoria e indiscutible que la sentencia produce, postura que ha sido seguido por la gran mayoría de la doctrina. Señala este autor que las sentencias se clasifican en actos de declaración de certeza o actos constitutivos, comprendiéndose entre estos últimos las sentencias constitutivas en sentido estricto (que modifican

53 Betti, Emilio, "Cosa giudicatta e regione fatta valere in giudizzio", en *Rivista del Diritto Commerciale,* 1929, I, p. 545, visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 66.

54 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 67.

55 Carnelutti Francesco, *Lezioni di diritto processuale civile*, (Edizione litográfica, Padova), 1929, t. IV, p. 393, visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 32.

56 Carnelutti Francesco, *Lezioni di diritto processuale civile*, Op. Cit., p. 68.

57 Carnelutti, Francesco, La funzione del processo di cognizione (Parte III), Padova, La Litotipo, 1925, p. 15, visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 68.

58 Queda para Liebman fuera de ambas nociones el verdadero problema de la cosa juzgada característico y único de la actividad jurisdiccional: "el de que pueda otro acto de la misma autoridad tomar de nuevo en examen el caso ya decidido y juzgar de un modo diferente, sin destruir por eso la validez del acto precedente, pero creando un conflicto entre los dos pronunciamientos con todos los bien conocidos inconvenientes que de ello derivan", p. 69.

relaciones jurídicas sustanciales preexistentes) y las sentencias de condena (que crean el derecho a la ejecución forzada). Pero tanto las sentencias constitutivas como las de condena contienen también una declaración de certeza, es decir, la declaración de certeza del derecho a la modificación jurídica o a la prestación. Para Hellwig la cosa juzgada (*Rechtskraft*) consistiría en la fuerza vinculante de la declaración de certeza tanto si ésta se presenta sola en la sentencia, como si se acompaña con un efecto constitutivo de la especie indicada; entonces el efecto constitutivo no tendría nada que ver con la cosa juzgada, ya que sería superfluo para que el mismo pudiera producirse. Entonces bajo esa lógica, el término tradicional de "cosa juzgada" debiera sustituirse por "eficacia de la declaración de certeza" (*Feststellugswirkung*) que indicaría el efecto constante de todas las sentencias, con el cual pueden presentarse conjuntamente en ocasiones también el efecto constitutivo o ejecutivo, según el tipo de sentencia que se considera[59].

Este modo de entender la cosa juzgada se inspiró directamente en una antigua tradición romana, sin embargo, ello fue cambiando discretamente y de manera profunda con Justiniano que comenzó a distinguir entre los efectos de la sentencia y sus *auctorictas,* aunque se reconoce que por décadas primó la primera. Quien ha desarrollado este tema con especial dedicación y quien ha marcado un hito por sus conclusiones es el italiano Enrico Allorio Liebman ya que "a partir de éste se aceptó de un modo generalizado la distinción entre cosa juzgada y eficacia de la sentencia, aceptándose que los efectos reflejos derivaban de la sentencia y no de la cosa juzgada"[60]. Según el autor, la cosa juzgada no es un efecto de la sentencia sino una cualidad consistente en la inmutabilidad de los efectos de la misma, que pueden ser declarativos, constitutivos y de condena[61] y hoy pareciera inconciliable estimar que las sentencias unas veces producen declaración de certeza y otras un efecto constitutivo, sea de derecho procesal o sustancial. A su juicio, la tentativa mayoritaria deja muchas preguntas importantes sin responder como, por ejemplo, cuáles serían las relaciones de la cosa juzgada con la variedad de efectos que las sentencias producen si aquella se define como un efecto de éstas. Identificar, a su juicio, la cosa juzgada con el efecto declarativo de la sentencia conduciría a resultados inaceptables porque dejaría sin la protección de la cosa juzgada el efecto condenatorio y el constitutivo y desconocería, por otro lado, la autonomía del efecto declarativo, que vendría a

59 Hellwig, Konrad, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtsfrakt, A. Deichert, 1901, p. 1 y sgis, visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 35.

60 Romero Seguel, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno. Doctrina y Jurisprudencia*, (Editorial Jurídica de Chile), 2002, p. 105.

61 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 27.

ser absorbido por la cosa juzgada. Luego, si la cosa juzgada significa producción de certeza, no será posible dice Liebman unificar y agotar en su común denominador todos los efectos de la sentencia, incluso aquellos que no se limitan a declarar la certeza de una cosa preexistente. Y si se concibe la misma cosa juzgada como un efecto de la sentencia no se tiene claridad respecto a que si debiera colocarse junto a los otros eventuales efectos de ésta o si sería necesario distinguir en cada sentencia una parte susceptible de adquirir la autoridad de cosa juzgada mientras otra parte permanece privada de ella[62]. Sostiene el jurista que sistematizar la cosa juzgada junto a los otros posibles efectos de la sentencia constituye a su juicio un error lógico al situar en el mismo plano cosas heterogéneas y de cualidad diversa. Y esto sería así por cuanto al efecto constitutivo de una sentencia se le podría confrontar y contraponer su efecto declarativo, esto es, su eficacia de declaración de certeza, no la cosa juzgada que deriva de esta declaración de certeza. Es para Liebman un error de perspectiva identificar la declaración jurisdiccional de certeza con la autoridad de cosa juzgada, es decir, la reducción de la eficacia de la primera a la segunda, aunque entiende el móvil psicológico de privilegiar la indiscutibilidad que la autoridad del fallo le confiere es mayor en caso de una sentencia declarativa que en una constitutiva o de condena[63], pero estima que una cosa sería distinguir los efectos de la sentencia según su naturaleza declarativa o constitutiva, y otra es ver si los mismos se producen de un modo más o menos perpetuo e inmutable, ya que en realidad todos los posible efectos de una sentencia (declarativo, constitutivo, ejecutivo) podrían concebirse de un mismo modo, al menos en vía puramente hipotética, como producidos independientemente de la autoridad de la cosa juzgada sin que por esto desaparezca su esencia o su naturaleza específica. Luego identificar la declaración de certeza producida por la sentencia con la cosa juzgada significa, pues, confundir el efecto con uno de sus posibles caracteres ya que, para el autor, la cosa juzgada es una cosa más que se añade para aumentar su estabilidad y que tiene valor en cuanto a todos los posibles efectos de la sentencia[64]. Es por ello que para el jurista italiano se restablecería correctamente la unidad reconociendo que la cosa juzgada no es efecto de las sentencias sino, por el contrario, una cualidad, cual es la inmutabilidad, de que pueden revestirse sus efectos, o, mejor dicho, todos sus efectos[65].

62 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 34

63 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 36

64 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 37

65 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 27

Ahora bien, en cuanto a las aplicaciones prácticas que derivarían de la opinión respecto de contemplar en la cosa juzgada un efecto de la sentencia y distinguiendo su eventual efecto constitutivo o ejecutivo del declarativo, Liebman observa que la misma "desvincula de la autoridad del fallo estos últimos efectos y los hace independientes de ella, lo que significa quitarle la intangibilidad característica de que la ley ha querido proveerla cuando ha conferido la autoridad de la cosa juzgada indistintamente a todas las sentencias que proveen sobre la demanda"[66]. Esto, particularmente como sostiene Redenti, respecto de las sentencias constitutivas donde mayormente se entiende que producen sus efectos sin más por haber sido pronunciados por el juez y respecto de las cuales la cosa juzgada aparecería como superflua[67]. De esto se deduciría la consecuencia ulterior de que el efecto constitutivo, y también el ejecutivo, se producirían erga omnes, si bien la declaración de certeza producida por la cosa juzgada se limite a las partes solamente, lo que para Liebman si bien sería un resultado lógico y natural también resultaría peligroso porque autorizaría la afirmación extremista de aquellos que niegan en absoluto la cosa juzgada respecto de las sentencias constitutivas, respecto de las cuales la misma resulta precisamente inútil. Luego ante la pregunta si el efecto constitutivo rige en cuanto a los terceros aun sin la cosa juzgada por qué no habría de ocurrir lo mismo en cuanto a las partes, estima Liebman que ahí se llega a la aberrante conclusión que esto estaría en contradicción con la ley tanto como con las exigencias prácticas la exclusión de la cosa juzgada de toda una categoría de sentencias, ya que es efectivamente la cosa juzgada la que impediría que se contradiga el efecto constitutivo anteriormente adquirido. De admitido el punto de partida de esta teoría que pone a la cosa juzgada como un efecto distinto del constitutivo o ejecutivo nada garantizaría, dice Liebman que su suerte deba después ser común y bien podría la cosa juzgada estar a salvo de cualquier ataque, sin que ello ocurra también en cuanto al efecto constitutivo y ejecutivo[68].

Por último, importantes objeciones presentan las consecuencias de la postura expuesta respecto de la extensión subjetiva de la sentencia, ya que Hellwig y el resto de los autores citados, al mismo tiempo que limitan *inter partes* el efecto de declaración de certeza, producto indiscutible de la sentencia porque se identifica con la cosa juzgada, admiten que se produzca erga omnes el eventual efecto

66 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 38

67 Redenti, Enrico, *Giudizio civile con pluralitá di parti,* (Milano, Giuffrè), p. 34, visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 38

68 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 40.

constitutivo[69]. Lo anterior a juicio de Liebman resultaría contradictorio al someter a los terceros a los efectos de la sentencia en cuanto a una parte de la misma y no en cuanto a la otra que es el presupuesto lógico y necesario de la primera, ya que si bien puede ser verdad que la sentencia produzca efectos aún más allá de los límites de la cosa juzgada y, por consiguiente, también respecto a los terceros, este fenómeno deberá entonces manifestarse no sólo en cuanto al efecto constitutivo sino también en igual medida en cuanto a la declaración de certeza. Este sería, a juicio del italiano, una de las últimas repercusiones del error inicial de querer ver en la cosa juzgada un efecto de la sentencia, esto es, la declaración de certeza indiscutible que la misma produce, debe después contraponerla a los otros posibles efectos de la sentencia, siendo, por consiguiente, necesario descomponer la decisión en partes distintas y someterlas a una diversa disciplina jurídica, según que estén o no comprendidas en la cosa juzgada[70].

3.2 La problemática de los límites subjetivos de la cosa juzgada

La pregunta que deriva de lo anterior necesariamente es la siguiente: ¿Es efectivo que la cosa juzgada sólo tiene efecto "inter partes" o es posible que tenga efectos erga omnes como el fallo de la Corte Suprema en comento? Hay doctrina que entiende superada esta problemática y responde afirmativamente a la segunda pregunta, pero desde la perspectiva de los límites objetivos. Por ejemplo, para Chiovenda[71] la autoridad de la cosa juzgada sólo tendría relación con lo que ha constituido el objeto de la sentencia, por eso su relación se acercaría más a los límites objetivos más que los subjetivos. Por lo tanto, las sentencias al resolver casos concretos no podrían ser invocadas para futuras causas, aunque se parecieran. Y esto sería así porque la frase "las sentencias no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren" a su juicio ha sido mal interpretada pues, aunque muchos la verían como el fundamento para sostener el límite subjetivo de la cosa juzgada, en realidad se trataría del objeto. Así lo entenderían también Claro Solar[72] y Romero Seguel[73].

69 Hellwig, Konrad, *Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtsfrakt*, A. Deichert, 1901, p. 1 y siguientes, visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 41.

70 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 41.

71 Chiovenda, Guiseppe, *Instituciones de derecho Procesal Civil*, trad. E. Gómez Orbaneja y Rafael Greco, (Valleta Ediciones), 2005, t. I, p. 348.

72 Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, (Editorial Jurídica de Chile), 1978, vol. I, t. I, p. 34.

73 Romero Seguel, Alejandro, *La Jurisprudencia de los tribunales como fuente del derecho. Una perspectiva*

Por otra parte, para Calaza[74] el análisis de los límites subjetivos goza de prioridad, frente al de los límites objetivos. Esto a su juicio se debe a razones de conveniencia práctica ya que resultaría más sencillo, a la hora de detectar la efectiva existencia de las distintas identidades de la cosa juzgada material, entre la resolución judicial firme y la pretensión del proceso en curso, comenzar por la identidad subjetiva que, de confirmarse, minimizará considerablemente el estudio de las restantes y de descartarse, excluirá todo ulterior análisis comparativo. Para la autora, la identidad subjetiva de la cosa juzgada material "se traduce en la lógica consecuencia atinente a que quienes se ven privados de la posibilidad de entablar un nuevo proceso en relación con un objeto litigioso ya enjuiciado son precisamente las mismas personas que han sido acreedoras, en un juicio anterior, de una adecuada satisfacción jurídica en la calidad en la que litigaron, a las pretensiones formuladas oportunamente al Juez o Tribunal que vino a dictar la sentencia judicial"[75].

Sin embargo, lo anterior no resolvería la interrogante principal al dejar en entredicho la problemática de la extensión subjetiva o relativa de la cosa juzgada ya que, por lo demás, no sólo resultaría inadecuado afirmar que otras relaciones son insensibles a la sentencia[76] sino que existen muchos casos empíricamente comprobados en los que la cosa juzgada afecta directa o reflejamente a los terceros lo que demostraría que desde hace bastante tiempo que se viene replanteando el dogma de la *res inter alios*[77].

Como se expuso más arriba, reputada doctrina -tanto nacional como extranjera- al referirse a la temática del efecto relativo (*inter partes*) de las sentencias se la vincula, asimismo, con el instituto procesal de la "cosa juzgada". Lo anterior se explicaría por cuanto al referirse a ésta se daría por supuesto la referencia a una sentencia firme o ejecutoriada que está produciendo sus efectos, que sería justamente la cosa juzgada[78]. El principio general es el siguiente: "la eficacia de la cosa juzgada se extiende sólo frente a las partes y a aquellos sujetos que, atendiendo la situación

procesal, (Editorial Jurídica de Chile), 2004, p. 49.

74 Calaza López, Sonia, *La cosa juzgada*, (Editorial Ley), 2009, p. 158.

75 Calaza, López, Sonia, Op. Cit., p. 158.

76 Liebman, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia*, traducido Santiago Sentís Melendo, (Ediar, Buenos Aires), 1946, pp. 100-102

77 Romero Seguel Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno,* Op. Cit., p. 103

78 Biblioteca del Congreso Nacional, "Análisis doctrinario de los efectos de las sentencias conforme al artículo 3 inciso 2° del Código Civil", junio de 2023. Disponible en: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34364/1/A._Doctrinario_efectos_de_las_sentencias__2023_PTPAJWPH_VF.pdf

jurídica resuelta, pueden equipararse a las partes"[79]. Como señala Romero Seguel[80], tradicionalmente se ha entendido que tienen la calidad de parte los sujetos de la relación jurídico procesal, es decir, quienes actúan como sujetos activos y pasivos, esto es demandante y demandado, sin embargo, nuestro Código de Procedimiento Civil, de un modo expreso, extiende los efectos de la cosa juzgada a los terceros que intervienen voluntariamente en un proceso tal como lo indica el artículo 24[81]. Es aquí donde llegamos a la problemática esencial del asunto discutido. Y es que, en efecto, la dificultad elemental pasa por determinar los límites subjetivos de la cosa juzgada, lo que desde sus inicios no ha estado exento de complicaciones. Ya se señaló que se entendían como límites de la cosa juzgada aquellas zonas acotadas a la fuerza expansiva del fallo en tanto éste viene a operar siempre de un modo limitado, dentro de un ámbito marcado estrechamente[82] y ya hemos mencionado a la triple identidad entendido, por Guasp, como los límites de la cosa juzgada. Pero también dijimos ya que la cosa juzgada tiene entre estos límites los límites subjetivos, lo que implica que para que opere esta institución se exige la identidad de sujetos, es decir, "que sean los mismos los que figuraron en el litigio en que el fallo se produce y en el nuevo y ulterior proceso"[83]. Para Guasp "si falta esta identidad la cosa juzgada, en principio eficaz, puede ser rechazada por los terceros y discutir éstos, en consecuencia, el contenido del pronunciamiento anterior"[84].

El dilema de los efectos de la cosa juzgada respecto de terceros o límites subjetivos de la misma ha sido un tema recurrente en la doctrina procesal y, por cierto, la discusión dogmática sobre los alcances de la sentencia no ha sido pacífica ni ha estado exento de contradicciones.

Desde la tradición más antigua se ha establecido como principio que la cosa juzgada solamente vale para las partes y los terceros no tienen por qué verse

79 Trocker, Nicolo, "La cosa juzgada civil y sus límites objetivos: apuntes de derecho comparado", trad. Marco Villagómez, en *Estudios de derecho procesal en honor de Victor Fairén Guillén*, (Tirant lo Blanch), 1990, p. 568

80 Romero Seguel, Alejandro, *Curso de derecho Procesal Civil. De los actos Procesales y sus efectos*, (Thomson Reuters), 2017, p. 138.

81 Art. 24 (25). Las resoluciones que se dicten en los casos de los dos artículos anteriores producirán respecto de las personas a quienes dichos artículos se refieren los mismos efectos que respecto de las partes principales.

82 Guasp, Jaime, "Los límites temporales de la cosa juzgada", en *Anuario de Derecho Civil,* Fascículo 2, 1948, Agencia Estatal Boletín del Estado, Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, Madrid, p. 442. Disponible en: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANUC-1948-20043500472

83 Guasp, Jaime, Op. Cit., p. 443.

84 Guasp, Jaime, Op. Cit., p. 443.

afectados por la misma. Tal principio fue formulado de manera absolutamente clara por los juristas romanos y fue aplicado de manera constante por los mismos[85] aunque no exento de discusión por cuanto se enfrentó en este punto a la tradición germánica[86]. Con todo, fue en el Derecho canónico donde prevaleció la tradición romana, aun cuando sí lograron sobrevivir las formas de oposición del tercero admitidas por la tradición germánica convirtiéndose en lo que hoy se conoce como intervención principal, mientras que la oposición que se permitía con posterioridad a la sentencia se convirtió en lo que actualmente se denomina oposición de tercero propiamente dicha[87].

Con todo, resultaría clara la tendencia de la doctrina italiana de mediados de siglo XX a extender a los terceros, o a algunos terceros, la autoridad de la cosa juzgada bajo la especie de una eficacia refleja, variando las opiniones solamente sobre la amplitud con que este fenómeno debe considerarse admisible[88]. Chiovenda, por ejemplo, recoge de Wach la idea refleja de los efectos de la sentencia de Jhering aunque aceptándola con una gran limitación y resumiendo su idea afirmando que: "todos están obligados a reconocer lo juzgado entre las partes; si bien no pueden ser perjudicados por ello"[89]. Y esto lo entiende así por cuanto considera que no conviene establecer como principio general que la sentencia forma un estado sólo entre las partes, sino que es necesario decir que la sentencia no puede perjudicar a otros que fueron extraños a la litis.

Redenti, por su parte, ha añadido que la autoridad de la cosa juzgada tiene para los terceros un carácter reflejo[90]. Segni ha extendido notablemente la categoría de los efectos reflejos comprendiendo en ellos tanto los efectos secundarios de la sentencia, cuando afectan a los terceros, como la extensión a éstos de la autoridad de lo juzgado y afirmando la identidad de naturaleza de los unos y de los otros y su común pertenencia a aquellos fenómenos de repercusión a los que Jhering dio precisamente el nombre de efectos reflejos[91].

85 Allorio, Enrico, *La cosa juzgada frente a terceros*, (Marcial Pons), 2014, p. 45.

86 Para el antiguo Derecho germánico la decisión adoptada en una asamblea de hombres libres era vinculante para todos aquellos que, habiendo estado presentes en la reunión en la cual se celebró el proceso y se pronunció la decisión, optaron por no oponerse a la misma, bien sea por haberse abstenido de intervenir en el proceso que se desarrolló frente a ellos, o por no haber objetado la sentencia aprobada en su presencia. Allorio, Enrico, Op. Cit., p. 45.

87 Allorio, Enrico, Op. Cit., p. 46.

88 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 107.

89 Chiovenda, Guiseppe, *Sulla cosa giudicata, en Saggi di diritto processuale civile*, Op. Cit., p. 105.

90 Redenti, Enrico: Giudizio civile con pluralitá di parti, 1911, Editore Giuffrè, Milano, pp. 142-143 visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 106.

91 Segni, Antonio, *Intervento adhesivo* (Roma, 1919), pp. 113 y sgtes visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 106

Por su parte, Calamandrei profundizando en la relación entre el hecho de la sentencia y los efectos secundarios postula que los hechos aún después del fallo continúan siendo lo que son por tanto la cosa juzgada no crea ni una presunción ni una ficción de verdad ya que sólo crea la irrevocabilidad jurídica del mandato[92]. Mientras que Carnelutti admitió rigurosamente la comunicación de la eficacia refleja de la cosa juzgada a todos los terceros indistintamente, negando en este fenómeno toda diferencia de cualidad, cualquiera sea la vinculación existente entre el tercero y la relación jurídica de las partes[93]. Para este discípulo de Chiovenda la expresión de "cosa juzgada" es el litigio juzgado, o sea el litigio después de la decisión o, mas exactamente, el juicio dado sobre el litigio, es decir, su decisión; en otras palabras: el *acto* y a la vez *efecto de decidir* que realiza el juez en torno al litigio, luego, la decisión es resolución de las cuestiones del litigio; pero no es juicio puesto que la sentencia es también un mandato, en razón de su eficacia vinculante[94].

Allorio, por su parte, va a ofrecer otra alternativa puesto que su punto de partida es la negación de la existencia de los límites subjetivos de la cosa juzgada aunque luego reconoce la relatividad de la misma como consecuencia no de un principio subjetivo sino del objeto mismo del pronunciamiento, es decir, de los límites objetivos de la cosa juzgada con lo cual invierte la perspectiva del planteamiento. Entonces, basado en la naturaleza sustancial de la cosa juzgada, Allorio postula que la relatividad de la cosa juzgada es objetiva, en el sentido que la sentencia regula la relación decidida, pero por su naturaleza, no regula directamente otras relaciones ni de las partes ni de terceros, por lo que estos últimos pueden verse expuestos a efectos reflejos. De esta manera, la autoridad de cosa juzgada tiene valor absoluto entre las partes por eficacia directa y para los terceros puede tener eficacia refleja y entonces en lugar de decir que la sentencia tiene eficacia entre las partes y no debe beneficiar ni perjudicar a terceros debe mas bien decirse que la sentencia regula la relación decidida pero por su naturaleza misma no regula directamente otras relaciones ni entre las mismas partes ni entre terceros con lo que a su juicio ello nos mostraría que la regla de los límites subjetivos es

92 Calamandrei, Piero, "Verdad y verosimilitud en el proceso civil", en *Instituciones de derecho Procesal Civil*, traducción Santiago Sentís melendo, (El Foro), 1996, volumen III, p. 321.

93 Canelutti, Francesco, Efficacia diretta e efficacia riflessa della cosa giudicata, en Studi di dir. Proc., T.I Padova, 1925, p. 431 y sgtes. Visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 106.

94 Carnelutti Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, traducción Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, (Utecha), 1944, t. I, pp. 316-319.

en realidad superflua y en relación con la eficacia refleja es falsa[95]. Sin embargo, cabe precisar que décadas después Allorio se propuso revisar su famosa obra de 1935 por una "razón imperiosa de autocrítica", reconociendo que su tesis no había considerado con el rigor esperado la exigencia de equidad de que el tercero que no participó del contradictorio debe ser oído[96].

Mención aparte merece Betti para quien los límites subjetivos de la cosa juzgada están gobernados por dos principios fundamentales: el primero, de carácter negativo establece que "la decisión pronunciada entre las partes en la causa es jurídicamente irrelevante respecto a los terceros extraños al proceso, como la cosa juzgada referible a ellos. El segundo, de carácter positivo, implica que la decisión pronunciada o proferida entre las partes tiene valor también respecto a determinados terceros, a quienes se les transmite la cosa juzgada que la sentencia ha producido entre las partes como si se hubiera pronunciado también entre estos terceros como si fueran partes, principio aplicable cuando la posición del tercero (jurídicamente interesado) está subordinado a una de las partes[97]. De la combinación de los dos principios anteriores el autor clasifica a los terceros en tres grandes categorías: 1) *terceros jurídicamente indiferentes*, para los cuales la sentencia es jurídicamente irrelevante, es decir, son extraños a la relación jurídica decidida y son sujetos titulares de derechos compatibles con la decisión, pudiendo producirles un perjuicio de mero hecho; 2) *terceros jurídicamente interesados no sujetos a la excepción de cosa juzgada*, es decir, titulares de una relación prácticamente incompatible con la decidida en la sentencia, quienes por aplicación exclusiva del propio principio negativo pueden desconocer la cosa juzgada producida entre las partes; y 3) *terceros jurídicamente interesados sujetos a la excepción de cosa juzgada*, que son aquellos que se encuentran subordinados a la parte respecto a la relación decidida y son a ellos quienes encuentra aplicación exclusiva el principio positivo y la cosa juzgada formada entre las partes es referible como propia.

Según Betti resulta necesario distinguir entre los terceros de la primera categoría y los de la tercera categoría, por cuanto la primera se trataría de un efecto reflejo, como lo entiende Jhering, y que deriva de la misma indiferencia jurídica de aquellos terceros respecto de la cosa juzgada ajena, de su carácter completamente extraño a la relación decidida. Esta categoría y el efecto reflejo de la sujeción de estos terceros a la cosa juzgada ajena tiene importancia puesto que es

95 Allorio Enrico, Op. Cit., p. 64.

96 Cruz e Tucci, José Rogerio, *Límites subjetivos de la eficacia de la sentencia y de la cosa juzgada civil*, trad. Renzo Cavani Brain, (Communitas), 2015, p. 85.

97 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., pp. 115-117.

éste precisamente el punto de partida de toda la teoría de la eficacia refleja[98]. Por el contrario, los terceros de la última categoría "sí están interesados en la cosa juzgada ajena porque están comprendidos en la órbita de su eficacia y están directamente investidos en ella; y el perjuicio que reciben de la misma es un perjuicio legítimo, y la cosa juzgada entre las partes es referible a ellos como cosa juzgada respecto de los mismos"[99]. Lo anterior es relevante puesto que dicha figura presupone una subordinación del tercero a la parte lo que se explica por las relaciones jurídicas que se arman entre ellos y por ende las propias consecuencias de estas influyen unas sobre las otras, de modo que esta subordinación del tercero respecto de la parte corresponde la legitimación procesal exclusiva para aquella relación y la determinación recaída sobre la parte es también plenamente vigente para el tercero. Pero hay más. De acuerdo con Allorio, a partir de esta distinción Betti critica la teoría absoluta de la cosa juzgada que confunde los efectos de la sentencia frente a terceros indiferentes con los efectos de la sentencia frente a aquellos terceros jurídicamente vinculados a la cosa juzgada[100]. Conforme a esta crítica la "teoría de la cosa juzgada absoluta" en realidad sería una teoría parcial ya que sólo explicaría los efectos de la sentencia frente a los terceros llamados indiferentes, y el error de los defensores de esta teoría consistiría en no haberse percatado de ello y haber pretendido presentarla como una teoría general de la cosa juzgada frente a terceros[101]. Entonces, la sentencia revestida de cosa juzgada tendría una autoridad directa frente a aquellos terceros jurídicamente sometidos a la misma, mientras que frente a terceros "indiferentes" tendría una eficacia indirecta. Este planteamiento es el mismo que propone aquella otra teoría ampliamente acogida de acuerdo con la cual los efectos de la sentencia frente a terceros "no sujetos" a la cosa juzgada deben entenderse como efectos *reflejos o secundarios* de la sentencia, ya que frente a la categoría de los terceros indiferentes los efectos de la sentencia solamente pueden ser efectos reflejos[102].

98 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit. p. 119.

99 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit. p. 118.

100 De acuerdo con tal crítica estas dos categorías de terceros se encontrarían sometidas a la cosa juzgada en diversos sentidos y por razones completamente diferentes. Así los primeros no podrían desconocer la cosa juzgada porque la sentencia no les concierne; mientras que, por el contrario, a los segundos la sentencia les concierne en razón a que no tienen una posición autónoma, digna de ser defendida, con la consecuencia que la cosa juzgada les es referible directamente como propia, y por ello pueden verse legítimamente perjudicados o beneficiados por la misma.
Betti, Emilio, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, Bianchini, 1922, p. 147 y sgtes., visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., pp. 84 y 85.

101 Betti, Emilio, *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata, Bianchini, 1922, p. 147 y sgtes., visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., pp. 84 y 85.

102 Allorio, Enrico; OP. Cit., p. 85.

Con todo, esta propuesta tuvo varios opositores entre ellos Liebman y el propio Carnelutti. Para el primero la cosa juzgada formada entre las partes no tiene nunca, y en ningún sentido, valor para los terceros, al menos para aquellos que son verdaderamente tales según la teoría general de las partes en juicio porque la cosa juzgada, que no es un efecto de la sentencia, está limitada por ley a las partes y ninguna disposición normativa y ningún principio puede apoyar una conclusión diversa[103]. En el caso del segundo no considera lícito una distinción de los terceros de la primera y tercera categoría como la expone Betti en tanto el fenómeno de los efectos de la cosa juzgada respecto de los terceros sería únicamente encuadrable entre los efectos reflejos, como los califica Ihering[104].

Sin embargo, aquello viene siendo replanteado desde hace bastante tiempo por resultar dicha noción insuficiente frente a la comprobación empírica de que en muchos casos la cosa juzgada afecta directa o reflejamente a los terceros[105]. De hecho, proviene de la doctrina alemana la hipótesis de que no siempre se vuelve suficiente el principio del efecto relativo de la sentencia siendo Adolf Wach quien proyectó al ámbito procesal la tesis que para el derecho sustancial Rudolf von Ihreing sobre la eficacia directa y la eficacia refleja de los actos jurídicos. Y, por lo demás, varios autores[106], se han encargado de recordar que la cosa juzgada también tiene operatividad cuando las partes de los distintos procesos son distintas, así como los casos en los cuales nuestro ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que la eficacia de la cosa juzgada se extienda a personas ajenas al proceso, siendo las principales hipótesis la sucesión de derechos y la conexión jurídica entre las partes y los terceros[107].

Esta discusión reviste trascendental importancia por cuanto el efecto que deriva directamente del límite subjetivo de la cosa juzgada de las sentencias es la inoponibilidad. Este efecto, a juicio de la doctrina mayoritaria, se traduce en que la calidad de inmutable de la sentencia definitiva firme alcanzará solamente a las partes que lo han sido en el litigio (sin perjuicio de la llamada cosa juzgada refleja que alcanzaría a algunos terceros por la relación conexa que tengan

103 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 121.

104 Carpi, Federico, *La eficacia "ultra partes" de la sentencia civil*, (Palestra, Lima), 2007, p. 37.

105 Romero Seguel, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Op. Cit., p. 103.

106 Entre ellos Carpi Federico, Op.Cit., p. 102 y sgtes; Romero Seguel, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Op. Cit., p. 167 y sgtes; Allorio, Enrico Op. Cit., p. 55 y sgtes.

107 Palacio, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, 4° reimpresión, (Abeledo Perrot), 1993, T.V, p. 522.

con las partes)[108]. Para Colombo[109] este sería un efecto básico del ordenamiento jurídico, mientras que para Montero Aroca este límite subjetivo de la cosa juzgada sería una mera consecuencia del derecho de defensa o del principio de contradicción[110].

En concreto, el problema de los límites subjetivos de la cosa juzgada que se suscita particularmente entre varios autores parte por su premisa: para la mayoría de la doctrina la cosa juzgada debe tener efectos relativos, es decir, limitados a las partes ("inter partes" o *inter allios*), restringiendo el concepto de parte y afirmando en consecuencia, que ningún efecto deberían desplegar la cosa juzgada en relación con los llamados terceros. Sin embargo, la misma doctrina se entrampa en la problemática de explicar a continuación por qué razón en una serie de casos no indiferentes que constituirían excepciones a la regla de la eficacia relativa de los efectos de la cosa juzgada se extienden a una categoría de sujetos mucho más amplia que las solas partes, al punto de tener en algunos casos, no sólo en relación con los llamados terceros, sino también "erga omnes". Por tanto, dichas posturas no logran conciliar las llamadas excepciones con la regla fundamental del "inter partes".

Es así como para Leibman[111], la diferente sistematización del concepto de cosa juzgada llevaría lógicamente a otros resultados, cuyas consecuencias prácticas serían trascendentales como es la posición de los terceros. Éste, a su juicio, es un problema que, en todos los tiempos, habría originado grandes dificultades, ya que el principio que limita a las partes la autoridad de la cosa juzgada siempre habría comportado excepciones que la doctrina habría tratado de justificar con mayor o menor acierto, en algunos casos tratando de ampliar la extensión de la cosa juzgada y en otros por quebrar el principio clásico invalidando prácticamente sus efectos. Para el jurista italiano aquello podría corresponder a atisbos por socializar el derecho que ve en el hombre el ánimo de aumentar la solidaridad y la responsabilidad de cada uno de sus actos. Entonces lo que ocurriría es lo siguiente: habría demasiadas excepciones a la regla general "inter partes"[112] afectando así a la regla general ya que, tal como sostie-

108 Ríos Muñoz, Luis Patricio, *La cosa juzgada. Cambio de paradigma a sus límites subjetivos*, (Editorial Libromar), 2022, p. 156.

109 Colombo Campbell, Juan, *Los actos procesales*, reimp., (Editorial Jurídica de Chile), 2012, t.II, p. 539.

110 Por todos, Montero Aroca, Juan, *Derecho Jurisdiccional*, 14º ed., (Tirant Lo Blanch), 2005. T. II, p. 478.

111 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 10.

112 Ríos cita: el efecto reflejo de cosa juzgada, las sentencias constitutivas de dominio y propiedad, las sentencias que recaen sobre el status de las personas, las resoluciones cautelares y ejecutivas, los procedimientos concursales de liquidación, las sentencias penales, el control de constitucionalidad y convencionalidad, resoluciones del contencioso administrativo. Ríos, pp. 180-188.

ne Allorio, la eficacia y el valor de una regla proviene no de la existencia de excepciones, sino de la ausencia de estas, por cuanto admitir excepciones frecuentemente implica socavar la regla[113]. Por ejemplo, según Rocco[114] no sería correcto afirmar que en algunas categorías de acciones (pretensiones) como el estado civil se pueda tener una eficacia de la cosa juzgada "erga omnes" junto con estimar que también sería errónea e inexacta la afirmación de que la cosa juzgada pueda tener eficacia frente a los llamados terceros (la llamada eficacia refleja) ya que no estaría del todo claro quiénes son los terceros. Para Allorio, si bien el principio de los límites subjetivos de la cosa juzgada continúa gozando de la mayor credibilidad doctrinaria y práctica, dado que el mismo es expresado con la mayor cautela, se puede constatar que en realidad constantemente se intenta limitarlo. Aquello es interpretado por el jurista como un signo del gradual abandono del principio ya que al existir excepciones a la regla ello vendría a socavar la regla propiamente tal[115]. Y esto sería así porque para el autor no bastaría con señalar que la sentencia por regla general vale solamente entre las partes y los terceros no pueden beneficiarse ni tampoco verse perjudicados por la misma (principio de los límites subjetivos), sino que cabe agregarse que por razones excepcionales es posible que ciertos terceros se vean favorecidos o perjudicados por la sentencia proferida entre las partes, referido como aquellos *casos de extensión de la cosa juzgada a los terceros* e, incluso, el tercero debe reconocer la sentencia como eficaz frente a él con lo cual, en general, el tercero debe respetar la sentencia proferida frente a las partes, como una sentencia entre las partes (*eficacia de la sentencia frente al tercero, como sentencia entre las partes*)[116]. Con todo, el autor es consciente que aquello no basta para desvirtuar el principio en comento, motivo por el cual desarrolla profusamente la teoría de los efectos reflejos[117].

113 Allorio, Enrico Op. Cit., p. 47.

114 Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Trad. Sentís Melendo y Ayerra Redín, (Temis Depalma), 1969, t.II, pp. 352-358.

115 Allorio, Enrico Op. Cit., p. 46 y 47.

116 Allorio, Enrico Op. Cit., p. 47.

117 Reproduciendo apretadamente a Romero Seguel, el problema de los efectos de la sentencia respecto de terceros surge de constatar que una vez pronunciado el fallo éste puede repercutir en la realidad del tercero generando efectos indirectos o secundarios lo que se traduciría en el hecho de que, en estricto rigor, el tercero no sería alcanzado por el efecto de la cosa juzgada que se produce entre las partes, sino que le afecta la sentencia como un hecho jurídico. Luego, la eficacia directa de la sentencia se daría en aquellos casos en que es la misma ley la que dispone estos efectos directos para los terceros que de ese modo se verían vinculados a la eficacia de la sentencia judicial sin haber participado como parte en el juicio donde se pronunció, como por ejemplo las decisiones judiciales respecto del estado civil de las personas. Y en el caso de la eficacia refleja (o secundaria) aquella aludiría a los efectos que un fallo judicial no pretende producir directamente, sino que derivan de la dictación de una sentencia, en cuanto se comporta como hecho jurídico procesal. Para Romero Seguel los efectos reflejos se explicarían, en la mayoría de los casos, por la vinculación que pueden presentar las relaciones jurídicas materiales, razón por la cual cuando una sentencia condena, declara o constituye, puede influir también sobre otras relaciones jurídicas conexas a las que fueron materia de la decisión.

Entonces, el problema partiría por determinar frente a qué sujetos despliega la cosa juzgada sus efectos jurídicos lo que, necesariamente para Ríos debe pasar por tener una respuesta única, esto es, la solución tiene que conducir a encontrar una sola regla que constituya la clave para la solución de todos los problemas de los límites subjetivos de la cosa juzgada[118]. Similar opinión tiene Boquera Oliver para quien lo que verdaderamente interesa para saber si existe la identidad subjetiva, necesaria para apreciar la existencia de cosa juzgada, es "averiguar si los litigantes del proceso en que se ha dictado sentencia y los litigantes del proceso posterior en que ésta se invoca actuaron y actúan con la misma legitimación. Lo decisivo, pues, es la identidad jurídica"[119].

Para Romero Seguel la defensa de los derechos de los terceros es el reconocimiento que su situación no siempre queda amparada por el efecto relativo de la sentencia judicial - consagrado en el tantas veces citado art. 3° inc. segundo del CC-, debiendo admitirse su participación en un proceso pendiente al que no han sido emplazados, con el objeto de que se puedan defender de los eventuales perjuicios que les puede acarrear el pronunciamiento de una sentencia judicial. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que le concede a la parte demandada de involucrar a terceros en el proceso y vincularlos con el efecto de la cosa juzgada establecido en el artículo 21 del CPC[120] y la figura denominada oposición del tercero a la cosa juzgada recogida en nuestra legislación en el artículo 234 inc. 2° del CPC[121] basada, eso sí, en la posibilidad de que éste declare, vía incidental, la inoponibilidad de la sentencia respecto de la cual se solicita su ejecución[122].

118 Ríos Muñoz, Luis Patricio, Op. Cit., p. 178.

119 Boquera Oliver, José María: "Los límites subjetivos de la cosa juzgada material", en *Efectos Jurídicos del proceso* (Cosa juzgada. Cotas e intereses. Impugnaciones y jura de cuentas), Cuadernos de derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, p. 145.

120 Art. 21 (22). Si la acción ejercida por alguna persona corresponde también a otra u otras personas determinadas, podrán los demandados pedir que se ponga la demanda en conocimiento de las que no hayan ocurrido a entablarla, quienes deberán expresar en el término de emplazamiento si se adhieren a ella.
Si las dichas personas se adhieren a la demanda, se aplicará lo dispuesto en los artículos 12 y 13; si declaran su resolución de no adherirse, caducará su derecho; y si nada dicen dentro del término legal, les afectará el resultado del proceso, sin nueva citación. En este último caso podrán comparecer en cualquier estado del juicio, pero respetando todo lo obrado con anterioridad.

121 Artículo 234 (inciso segundo): El tercero en contra de quien se pida el cumplimiento del fallo podrá deducir, además, la excepción de no empecerle la sentencia y deberá formular su oposición dentro del plazo de diez días.

122 Romero Seguel, Alejandro, *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Op. Cit., p. 116

4. Acercamiento a una hipótesis ante la problemática presentada

La propuesta de Liebman para resolver la problemática se debe entender en dos partes: la primera parte por clarificar la autoridad de la cosa juzgada como una cualidad de la sentencia y sus efectos y la segunda por comprender, desde ahí, la extensión subjetiva de la sentencia[123].

4.1 La propuesta de Liebman respecto de los alcances de la cosa juzgada

A diferencia de la doctrina mayoritaria, para Liebman la autoridad de la cosa juzgada no es él o uno de los efectos de la sentencia, sino un modo de manifestarse de sus efectos, es decir, una cualidad y un modo de ser de manifestarse de los mismos, cualesquiera que estos sean, varios y diversos según las diferentes categorías de las sentencias[124]. Bajo este prisma es posible, a su juicio, superar la problemática no resuelta por la doctrina alemana que identifica la cosa juzgada con el efecto declarativo de la sentencia y que deja sin la protección de aquella al efecto condenatorio y el constitutivo y que además desconoce la autonomía del efecto declarativo que viene a ser absorbido en la cosa juzgada. Al comprenderla como una cualidad de la sentencia, esto es la inmutabilidad de la que pueden revestirse todos sus efectos,

123 Cabe mencionar que existe doctrina que critica la postura de Liebman. De la Oliva, quien ataca a Liebman a través de los dichos de Cordón Moreno (quien utiliza su tesis) analiza los alcances que pudiera tener una sentencia dictada en el marco del contencioso administrativo, señalando que, bajo tal distinción, la sentencia firme estimatoria de una pretensión de anulación de un acto administrativo tendría una eficacia jurídico material erga omnes, pero una fuerza de cosa juzgada inter allios. Lo anterior significaría a su juicio que "a todos afectaría la eficacia jurídico-material de la sentencia consistente en eliminar del ordenamiento jurídico el acto anulado; pero, siendo inexistente la eficacia ultra partes de la cosa juzgada, bastaría que el demandante no fuese idéntico al del proceso anterior para que no pudiera esgrimirse eficazmente la cosa juzgada propia de la sentencia firme anterior, que anulaba el mismo acto administrativo, incluso si fuese anulado por los mismos fundamentos en el segundo proceso". De la Oliva Santos, Andrés, *Sobre la cosa juzgada*, (Centro de Estudios Ramón Areces S.A.), 1991, p. 130.

En el ámbito nacional Ríos, si bien comparte la teoría de Liebman de distinguir entre eficacia y autoridad de la sentencia y extender a los terceros la eficacia de la sentencia, rebate la idea de que la cosa juzgada sólo sea limitada a las partes del proceso. Para Ríos ello con ello la explicación se torna artificiosa y forzada llegando a caer en absurdos y propone la teoría -que en realidad termina por encontrarle razón a Liebman- señalando que "la cosa juzgada produce efectos erga omnes en todo tipo de procedimientos, porque emana de la autoridad del Estado, representada en los órganos que ejercen jurisdicción, independiente de quienes hayan participado en el proceso". Eso sí podría decirse que su aporte está en cuanto postula que no se trataría de un problema de afectación sino de interés, de modo tal que aquellos a quienes interese la sentencia y no hayan sido parte del proceso pueden oponerse a ella. El fundamento de aquello para Ríos se encontraría en que aquel tercero que no hubiera podido ejercer su derecho constitucional y fundamental de defensa en dicho proceso nacería para aquel la posibilidad de ejercer su defensa en un nuevo proceso. Ríos, Muñoz, Luis Patricio: la cosa juzgada. Cambio de paradigma a sus límites subjetivos. Libromar, Santiago, p. 242 y pp. 267-268. Con todo, Carpi postula que Liebman ha intentado dar al problema de la eficacia de la sentencia en general, y en particular respecto de los terceros, una solución compatible con los principios codificados y lo más clara y simple posible, mérito no menor. Carpi, Federico, Op. Cit., p. 41

124 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 23

Liebman entiende restablecido correctamente la unidad[125] y con ello cree posible confirmar que la cosa juzgada no se encuentra en absoluto limitada al contenido declarativo de la sentencia[126] ya que resulta necesario reconocer que en nuestro derecho positivo todos los efectos de la sentencia pueden producirse y se producen aun antes de que pase en autoridad de cosa juzgada, ya que sería extraño que ocurriese así en cuanto al efecto más grave entre todos ellos el efecto ejecutivo- y no en cuanto a los otros[127]. Así no sería posible dudar de que la eficacia jurídica de la sentencia pueda y deba distinguirse de la autoridad e la cosa juzgada, debiendo aceptarse entonces la distinción formulada por Carnelutti entre imperatividad e inmutabilidad de la sentencia[128]; porque ésta es imperativa y produce todos sus efectos aun antes e independientemente del hecho de pasar en autoridad de cosa juzgada. Y esto sería así por cuanto su importancia radica en que es "la expresión de la concreta voluntad del derecho"[129], aun cuando su contenido y efectos sean declarativos de certeza y de creación o modificación de la realidad jurídica.

Desde allí entonces que distingue el concepto de eficacia natural de la sentencia como distinto de la autoridad de la cosa juzgada y menos intenso que él lo que, a su juicio, permitiría alcanzar un mayor aprovechamiento de los resultados del proceso y disminuir la posibilidad de fallos contradictorios, contrariamente con lo que ocurre bajo el imperio de la doctrina tradicional y deja, al mismo tiempo, lugar a los terceros para defender sus derechos cuando son injustamente lesionados[130].

Luego, para el jurista italiano la eficacia de la sentencia debe distinguirse de su inmutabilidad pudiendo distinguirse ésta como un mandato, ya sea que tenga la finalidad de declarar la certeza o de constituir o modificar o determinar una relación jurídica. Así, la sentencia vale como mandato, es decir, como formulación autoritativa de una voluntad de contenido imperativo (lo que bastaría para hablar del mandato que nace de la sentencia) y podrá ser reformada en futras instancias tanto en el proceso como otros mandatos emanados por otros órganos del Estado). Es así que para Liebman la eficacia de una sentencia no puede en sí y por sí impedir a un juez posterior examinar de nuevo el caso decidido y juzgar de

125 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 27

126 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 44

127 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 54

128 Carnelutti Francesco: Lezioni di diritto processuale civile, Edizione litográfica, Padova, 1929, t. IV visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 55

129 Chiovenda, Guiseppe: Sulla cosa giudicata, en Saggi di diritto processuale civile, T. II, Giuffrè, Milano, T.II, p. 399 visto en Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 49

130 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 11

un modo diferente y sólo una razón de utilidad política y social interviene para evitar esta posibilidad haciendo el mandato inmutable cuando el proceso haya llegado a su conclusión con la preclusión de las impugnaciones contra la sentencia pronunciada en el mismo[131].

En esto consistiría para el autor la autoridad de cosa juzgada que la entiende definida como la inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia, misma que no se identifica simplemente con la definitividad e intangibilidad del acto que pronuncia el mandato[132]. Es, a su parecer, una cualidad especial más intensa y más profunda que inviste el acto también en su contenido y hace así inmutables, además del acto en su existencia formal, los efectos de cualesquiera que sean del acto mismo. La eficacia natural de la sentencia se encuentra intensificada y potenciada porque se afirma como única e inmutable, como una formulación de la voluntad del Estado al regular el caso particular decidido y esta inmutabilidad del mandato opera según Liebman "no respecto de determinadas personas sino respecto de todos aquellos que en ámbito del ordenamiento jurídico tienen institucionalmente el cometido de establecer, de interpretar o de aplicar la voluntad del Estado, sin excluir al mismo legislador que ni siquiera él podrá cambiar la concreta regulación de la relación, según resulta ya sellada por la autoridad de la cosa juzgada"[133]. Es por esas razones que para el autor el instituto de la cosa juzgada pertenece al derecho público y propiamente al derecho constitucional.

4.2 La teoría de los límites subjetivos de la cosa juzgada y de la sentencia de Liebman

La distinción entre eficacia de la sentencia y autoridad de la cosa juzgada puede tener, finalmente, gran importancia para la revisión del problema que aquí nos convoca y que consiste en un fenómeno extremadamente complejo: el de la influencia que una sentencia puede ejercitar frente a los terceros.

Este fenómeno ha sido estudiado casi exclusivamente desde la posibilidad de extender, en mayor o menor medida, a los terceros la autoridad de la cosa juzgada dando con ello lugar a la teoría de los límites subjetivos de la cosa juzgada. Y ello es así pues ha seguido la doctrina de la identificación de la cosa juzgada con la eficacia de la sentencia o al menos con aquella parte de sus efectos que puede tener mayor importancia para los terceros como es la declaración, constitución o

131 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., pp. 70-71

132 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 70

133 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 72

modificación de la controversia. Desde entonces, como vimos, la doctrina mayoritaria ha entendido que la extensión de los efectos de la sentencia debiera significar extensión a los terceros de la cosa juzgada.

Sin embargo, para Liebman el problema en realidad se divide en dos cuestiones diferentes: el de la eficacia de la sentencia respecto a los terceros y la de la cosa juzgada respecto a los terceros. Para el jurista sería posible sostener que la problemática esencial recae no en determinar quiénes son terceros respecto de los cuales puede hacerse efectiva la cosa juzgada, sino que la respuesta está incluso antes que aquella definición. Entonces todo este acápite merecería revisarse ya que el principio tradicional, según el cual la cosa juzgada se produce entre las partes y sólo entre las partes, no sería suficiente para agotar el tema de la extensión subjetiva de la sentencia[134] porque dejaría de lado a todas las otras relaciones jurídicas que se han visto afectadas por la decisión judicial, es decir, la coexistencia. Luego, aunque convenientemente simple, la afirmación de que éstas sean insensibles al pronunciamiento de la sentencia es para el autor inadecuada y llena de inconvenientes tanto por el hecho de olvidar -erróneamente- la realidad de los terceros afectados por sus exigencias como por el sujetar irremediablemente a los terceros al resultado de un proceso respecto del cual no han participado y que posiblemente ignoraban, haciendo depender sus derechos a la actividad desarrollada en exclusivo por las partes[135]. Y, además, por cuanto no sería efectivo que la ley tiene una confianza ilimitada a las partes para la formación de la sentencia justa porque la propia ley no ha querido confiar la suerte de los derechos de los terceros a la sola actividad desarrollada sin control por las partes en juicio y, consiguientemente, no ha sujetado a los terceros a la inmutabilidad de los efectos del proceso, en que propiamente consiste la autoridad de la cosa juzgada[136].

Como vimos, Liebman entiende que "la autoridad de cosa juzgada no es un efecto ni la suma de los efectos de la sentencia sino una cualidad suya, un modo de ser y de producirse, señalando a la investigación científica un problema distinto y lógicamente anterior a aquel de los límites subjetivos de la cosa juzgada: el problema de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia"[137]. Con ello "es por lo menos posible que los efectos de la sentencia se produzcan también respecto de los terceros, aun cuando sea sin la cualidad característica, pero no verdaderamente

134 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 101.

135 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 109.

136 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 142.

137 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 147.

esencial ni lógicamente necesaria en que consiste la autoridad de cosa juzgada"[138]. Y esto sería posible porque tanto la cosa juzgada como la eficacia de la sentencia serían -siguiendo a Liebman- "dos nociones absolutamente diversas tanto desde el punto de vista lógico como desde el punto de vista práctico"; y de esta distinción derivaría naturalmente la afirmación de que "la limitación subjetiva de la cosa juzgada deja absolutamente sin prejuzgar el problema de la extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia, y que puede, por tanto, muy bien ocurrir que los efectos de la sentencia se produzcan aun fuera de la esfera en que opera la cosa juzgada, haciendo inmutables los efectos mismos"[139]. Desde allí resulta natural para el jurista la posibilidad de que la extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia no coincida con la de la autoridad de la cosa juzgada puesto que puede ocurrir que las mismas tengan límites subjetivos diferentes.

La hipótesis entonces aquí planteada sigue a este jurista para quien la cosa juzgada no tiene en ningún caso y en ningún sentido influencia o repercusión sobre la posición de los terceros. Al ser la autoridad de la cosa juzgada una más de las cualidades de la sentencia -junto con la eficacia de sus efectos (los cuales recordando son declarativos, constitutivos y ejecutivos)- repercute entre las partes exclusivamente y esto sería así porque la autoridad de la cosa juzgada está limitada por normas de ley a las solas partes y a sus sucesores posteriores a la demanda judicial[140] por motivos de oportunidad y de conveniencia política y social[141].

Sin embargo, aún falta resolver respecto de qué personas la sentencia produce efectos y aquí Liebman postula que "es por lo menos posible que los efectos de la sentencia se produzcan también respecto a los terceros, aun cuando sea sin la cualidad característica, pero no verdaderamente esencial ni lógicamente necesaria, en que consiste la autoridad de la cosa juzgada"[142]. Entonces, al distinguir ambas nociones se lograría afirmar que "la limitación subjetiva de la cosa juzgada deja absolutamente sin prejuzgar el problema de la extensión subjetiva de la eficacia de la sentencia, y que puede, por tanto, muy bien ocurrir que los efectos de la sentencia se produzcan aun fuera de la esfera en que opera la cosa juzgada, haciendo inmutables los efectos mismos"[143].

138 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 148.

139 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 149.

140 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 148.

141 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 149.

142 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 148.

143 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 149.

Desde allí entonces sería posible visualizar que la sentencia, como acto emanado de una autoridad del Estado, manifieste su voluntad imparcial y objetiva a todos los sujetos. Luego, si bien es cierto que las partes serán las primeras en sentir su eficacia no hay motivos para exonerar de ellas a los terceros porque no se podría comprender que ese resultado absolutamente objetivo y de interés general pudiera ser válido y eficaz sólo para determinados destinatarios y limitado a ellos, ya que el proceso no es una tutela de derecho subjetivo concedida sólo a su titular sino "tutela, actuación y garantía de derecho objetivo, realizada para satisfacer un interés público y general"[144]. Y esto será así por cuanto todos, sin distinción se encuentran potencialmente en un igual estado de sujeción respecto a los efectos de la sentencia porque para todos, dicha decisión, contiene la actuación de la voluntad de la ley en el caso concreto.

Lo anterior no obsta a que la medida de la sujeción esté determinada por la relación de cada uno con el objeto de la decisión y que por consiguiente sean las partes las que primero, y necesariamente, se vean sometidas a la eficacia de la sentencia en cuanto titulares de la relación afirmada y deducida en juicio y después, gradualmente, todos los otros cuyos derechos estén en cualquier modo vinculados a aquella relación en virtud de conexión, dependencia o interferencia jurídica o práctica, ya sea en cuanto su existencia ya en cuanto a la posibilidad de su efectiva realización. Y esto sería así porque habría que distinguir entre la naturaleza de la sujeción y la medida de la misma: la naturaleza de la sujeción sería para todos, partes o terceros la misma, mientras que la medida de la sujeción estaría determinada por la relación de cada uno con el objeto de la decisión. Y aquí Liebman señala la gran diferencia en cuanto a partes y terceros: para las primeras cuando la sentencia *pasa en autoridad de cosa juzgada* sus efectos se hacen inmutables, lo que no ocurre respecto de los terceros. Esto se vería justificado porque no existiría ninguna ley que disponga expresamente a quien afecta la eficacia de la sentencia pudiendo entonces ésta derivarse de un modo llano y natural del carácter público universalmente reconocido en la administración de justicia. De todo lo anterior Liebman concluye categóricamente que "la autoridad de la cosa juzgada, por no ser un efecto autónomo de la sentencia, sino sólo una cualidad de sus efectos, no es concebible sino respecto a aquellos a quienes estos efectos se extienden y, por consiguiente, en tanto tiene necesidad de ser limitada a determinadas personas en cuanto aquellos efectos se extienden, por el contrario, más allá de aquel círculo restringido, a todos los otros sujetos interesados. Si los efectos de la sentencia

144 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 151.

estuvieran limitados a las partes, sería absolutamente superfluo que los mismos hubieran de ser inmutables sólo para las partes"[145]. Por lo demás, la sentencia no produce para los terceros efectos especiales y exclusivamente particulares a ellos, sino efectos de igual naturaleza que los que produce para las partes; es decir, los terceros participan, lo mismo que las partes, de la eficacia natural de la sentencia[146].

Es así como el problema de la eficacia (o los efectos) de la sentencia se circunscribe ante todo a las partes y los terceros los experimentarán sólo eventualmente, esto es, sólo en la hipótesis de que exista una relación cualquiera entre sus derechos y aquella relación misma

Lo expuesto -esto es, que la sentencia produce efectos también para los terceros y que estos efectos no adquieren, como para las partes, la autoridad de la cosa juzgada, no siendo inmutables-, permite a Liebman postular el fundamento y limites de la eficacia natural de la sentencia. Para lo cual parte de la premisa de que la sentencia al ser acto del Estado, tanto como los actos administrativos y legislativos, tienen una presunción de legalidad, esto es, de conformidad con la ley y, en el caso de la sentencia, mientras no se demuestre su carácter contrario a derecho debe ser reconocida como válida manifestación del poder jurisdiccional. De aquella premisa se deriva, para Liebman, la consecuencia de que la eficacia de la sentencia, en cuanto sea considerada independientemente de la autoridad de la cosa juzgada, está subordinada a su conformidad al derecho, pero ésta se presume, y sólo una efectiva demostración de su falta impedirá a la sentencia producir en concreto su efecto natural y normal. Lo anterior significa que la sentencia valdrá para todos como formulación de la concreta voluntad del Estado respecto del caso decidido y este efecto, para las partes se hace inmutable cuando se forma la autoridad de la cosa juzgada, mientras que para los terceros se produce con una intensidad menor, ya que puede ser caso por caso rechazado mediante la demostración de que la voluntad del Estado es en realidad diferente de la declarada[147].

Pero, al mismo tiempo, podrá ocurrir que la sentencia sea contraria a la ley en cuanto contenido lo que dará como consecuencia su injusticia. Esta se refiere a la sentencia como juicio y podrá depender tanto de un error de derecho como de un error de hecho y con ello podrá perjudicar injustamente al tercero cuyo derecho sea de algún modo conexo con la relación decidida por la sentencia. Es pues aquí dice el autor que cuando esto se verifica corresponde al tercero la facultad de hacer

145 Para confirmar lo anterior Liebman se refiere a la intervención y la oposición del tercero. Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., pp. 154-156.

146 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 158.

147 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., pp. 169-170.

valer y demostrar el error que vicia la decisión, al objeto de rechazar el efecto dañoso para él[148]. Eso sí para probarlo no bastará una simple revisión de la cuestión de hecho y podrá investir todo el juicio sobre el merito de la causa y se traducirá en la facultad llamada *exceptio mali processus* a través de la cual el tercero podrá demostrar la injusticia de la sentencia pronunciada *inter allios* y de rechazar los efectos dañosos de la misma[149]. Sin embargo, no todos los terceros perjudicados por la sentencia tienen esta facultad, ya que será admisible sólo si se apoya en un interés jurídico, es decir, sólo a los que son titulares de un derecho incompatible con la sentencia estando jurídicamente perjudicados por ella y siendo, por el contrario, inadmisible respecto de aquellos terceros que sufran por la sentencia un simple perjuicio de hecho. Con todo, el tercero no estará obligado a esperar que la sentencia sea producida contra él en una causa posterior, ya que si quiere podrá tomar la iniciativa para hacer declarar la injusticia de la sentencia respecto de él y podrá proponer a este fin la oposición de tercero aunque requerirá para ello que sea verdaderamente tercero y, por consiguiente, no sujeto a la cosa juzgada y que sufra por la sentencia un perjuicio jurídico, requisitos que son los mismos que para demostrar la injusticia de la sentencia producida en causa contra él[150].

En conclusión, Liebman postula que la sentencia produce normalmente efectos para los terceros, pero con una intensidad menor que para las partes, porque para éstas los efectos se hacen inmutables por la autoridad de la cosa juzgada, mientras que tratándose de los terceros los efectos pueden ser combatidos con la demostración de la injustica de la sentencia. Esta teoría tendría, a su juicio, dos ventajas: la primera, es que tendría la ventaja de utilizar, en la máxima medida posible, la actividad procesal cumplida en cada juicio por el órgano jurisdiccional y por las partes en beneficio absoluto de la economía de los juicios; y la segunda, que tendería a favorecer la armonía de los resultados de los procesos sobre relaciones conexas y dependientes, disminuyendo las ocasiones de contradicción en los fallos; pero, como postula el autor, obtendría estos objetos sin sacrificar los derechos de los terceros a los que concedería amplia facultad en los casos en que la sentencia pronunciada *inter allios* estuviera viciada por errores. Si bien Liebman es consciente de que con ello se podría llegar a resultados aparentemente contradictorios, considera necesario convencerse de que esto es, dentro de ciertos límites, inevitable, si es que no se quiere admitir la eficacia plena, absoluta y definitiva

148 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 171.

149 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 174.

150 Liebman, Enrico Tulio, Op. Cit., p. 178.

de la sentencia respecto de todos, que sería la solución peor, y que no ha sido en efecto adoptada por ningún legislador con lo que considera que su propuesta conduce relativamente a inconvenientes y contradicciones menores.

4.3 Aplicación de la teoría de Liebman al problema propuesto

Las teorías propuestas por el jurista italiano nos permiten esbozar una hipótesis que intenta resolver la problemática planteada en el presente documento.

Ante la pregunta elevada en el presente texto: ¿Puede la Corte Suprema dictar sentencias con efectos erga omnes?, o dicho en otras palabras ¿es posible hacer extensivos los efectos de la cosa juzgada a terceros no intervinientes en el juicio?, podemos ahora intentar responderla reproduciendo resumidamente ahora la postura de Enrico Tullio Liebman: al distinguir los efectos de la sentencia respecto de los efectos de la cosa juzgada la segunda alcanza sólo a las partes, mientras que la primera puede repercutir a los terceros. Luego, entendidas ambas como instituciones separadas, se pueden hacer extensivos los efectos de la sentencia a los terceros y esto es así puesto que no existe ninguna ley que lo prohíba expresamente y éstos podrán por un tema de justicia (o más bien de injusticia) reclamar en aquellos casos en los que, siendo verdaderamente terceros, esto es, cuando tengan un interés jurídico, y rechazar los efectos de la sentencia.

Entonces, aplicado al caso concreto, esto es las sentencias presentadas en la presentación del presente trabajo, es posible hacer extensivos los efectos de la misma a los terceros que tengan interés jurídico en ella porque éstos son distintos a los efectos de la cosa juzgada que sí afecta sólo a las partes, de modo tal que los efectos de la sentencia en comento podrá alcanzar a terceros y por ende no habría atentado en contra de lo estipulado en el artículo 3°, inciso segundo, del Código Civil.

PARTE 2.
DERECHO ADMINISTRATIVO

RESPONSABILIDAD DEL REGULADOR POR FALTA DE SERVICIO: LA DETERMINACIÓN DE LOS DEBERES Y ESTÁNDARES DE SERVICIO A LA LUZ DE LA CONDENA A LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS

Sebastián Aguirre Ulloa[1] *y Gonzalo Mellado Calderón*[2]

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de la determinación de los deberes y estándares de servicio en la responsabilidad del Estado por falta de servicio, específicamente en el contexto de su actividad de regulación. Se argumenta que la existencia de agencias administrativas independientes implica considerar su grado de especialización y el sector sobre el cual ejercen sus competencias. Así, en primer lugar, se recurre a la literatura sobre agencias reguladoras y sobre el control judicial que sobre ellas recae. Luego, en segundo lugar, se ilustra el argumento con el análisis de un reciente fallo de la Corte Suprema que condenó a la ex Superintendencia de Valores y Seguros al pago de una indemnización a título de responsabilidad por falta de servicio.

1. Introducción

La dogmática nacional, al momento de analizar la responsabilidad del Estado, suele segmentarla conforme a la clásica división de poderes o funciones. Esto es, responsabilidad de la Administración del Estado, del Estado juez y del Estado legislador[3].

1 Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: s.aguirreu@gmail.com.

2 Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: gonzalo.mellado@mail.udp.cl.
Agradecemos los valiosos comentarios realizados por Matías Guiloff y Vicente Bustos a una versión preliminar de este trabajo.

3 Sobre la responsabilidad del Estado juez, ver: Hernández, Domingo, "Error Judicial: ensayo de interpretación constitucional", en Ius et Praxis, N° 1, (Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales),

En el caso de la responsabilidad de la Administración del Estado por falta de servicio, su análisis suele delimitarse según los distintos ámbitos en que la Administración actúa material o formalmente[4]. En efecto, la actuación administrativa es especialmente amplia y diversa. Dentro de ella puede comprenderse, por ejemplo, la prestación de servicios de salud, o el control del orden público y la investigación de delitos por parte de las policías. Estas aproximaciones resultan sumamente importantes, por cuanto cada función que asume la Administración del Estado plantea exigencias igualmente diversas al momento de establecer sus deberes específicos de servicio.

Es en este contexto, y desde hace varias décadas, que ha existido una proliferación de ciertos órganos estatales a los cuales se les delega una serie de potestades que tradicionalmente han estado radicadas en el legislador o el juez[5]. Estos órganos, conocidos como agencias administrativas independientes o agencias reguladoras, se insertan en el actual paradigma del Estado regulador. Ellas han irrumpido fuertemente en el esquema de separación de poderes, y es de esperarse que de ello deriven también consecuencias para el régimen de responsabilidad estatal.

Dado que este tipo de entidades forman parte de la Administración del Estado, lo que implica su sujeción al régimen de responsabilidad estatal por falta de servicio, cabe preguntarse: ¿qué particularidades plantea la actuación de las agencias administrativas independientes en este tipo de responsabilidad?

Sostenemos que una de esas particularidades es la necesidad de articular los deberes y estándares de servicio (respecto de los cuales se contrastará la conducta de la Administración) teniendo en consideración, al menos, dos factores: el grado de especialización y conocimiento técnico que este tipo de agencias poseen y el sector específico sobre el que estos órganos ejercen sus competencias.

El grado de especialización que los órganos de la Administración del Estado poseen es un tema recurrente en la doctrina administrativa, e implica la existencia de una asimetría de información respecto de jueces "generalistas" (es decir, que no

1999, pp. 461-472. Sobre responsabilidad del Estado legislador, ver: Núñez, J. Ignacio, "Antecedentes de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador y su aplicación al caso chileno", en Revista de Derecho, N° 3, (Universidad Católica de Uruguay), 2008, pp. 135-154.

4 Ver, a modo de ejemplo: Cordero, Eduardo, "Responsabilidad del Estado por la actuación de las policías. El estándar de falta de servicio en la investigación delictual. El caso 'Fundo Alaska' SCS Rol N° 97186-2020", en Van Weezel, Alex y Martínez, Andrea (Eds.), *Sentencias Destacadas 2021. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, (Ediciones LyD), 2022, pp. 131-166 y Valdivia, José Miguel, "La responsabilidad por falta de servicio en la administración hospitalaria en la jurisprudencia chilena", en Revista de Derecho, N° 246, (Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2019, pp. 213-246.

5 García-Huidobro, Luis y Guidi, Sebastián, "Introducción: Los entes autónomos en el derecho constitucional latinoamericano", en International Journal of Constitutional Law, N° 4, (Oxford University Press), 2022, pp. 1448-1455.

tienen el mismo conocimiento técnico que tiene la Administración sobre el sector regulado)[6]. Esto plantea incentivos para que dichos jueces sean deferentes hacia la Administración[7]. Por otro lado, el sector sobre el que las agencias administrativas independientes ejercen sus competencias puede variar mucho en cuanto a la intensidad del control o fiscalización que se desea tener sobre las variadas actividades económicas sujetas a regulación.

Lo anterior presupone que las normas legales que establecen tanto la regulación primaria de un sector como las funciones de la agencia administrativa respectiva permiten observar una determinada ponderación de los objetivos de dicha regulación, las necesidades del sector regulado, y los intereses (generales o particulares) que recibirán mayor resguardo[8]. De esta forma, por ejemplo, puede explicarse la existencia de sectores económicos publificados, como los subsectores de generación y distribución eléctrica, y sectores que no lo están, como el mercado de valores o el subsector de generación de electricidad. Así, en virtud de esta ponderación, se asignan a las agencias reguladoras funciones de creación de normas, de sanción y fiscalización, las que ejercen discrecionalmente según su conocimiento y las circunstancias del momento[9].

Lo dicho hasta ahora no es, necesariamente, un aspecto de la responsabilidad de este tipo de organismos que pueda ser considerado muy controversial. En efecto, en la dogmática de la responsabilidad extracontractual del Estado parece bastante aceptada la idea de que, en la construcción jurisprudencial de los deberes y estándares de servicio, el juez debe tomar en consideración una serie no totalmente definida de factores que le permitirán afirmar la existencia o no de una falta de servicio, entre los cuales pueden encontrarse los mencionados anteriormente[10]. En el mismo sentido, hay jurisprudencia importante (por su relación con el caso que se mencionará a continuación) que parece tener presente este tipo de criterios[11].

6 Cordero, Luis y Tapia, Javier, "La revisión judicial de las decisiones regulatorias: una mirada institucional", en Estudios Públicos, N° 139, (CEP Chile), 2015, p. 32.

7 Cordero, Luis y Tapia, Javier, Op. Cit.

8 Esta ponderación, creemos, tiene sentido sobre todo en economías de mercado, donde el Estado actúa como garante de la prestación de bienes y servicios, y no como un proveedor directo de ellos.

9 Esta discrecionalidad deriva, además, de la práctica común de asignar funciones legales en un lenguaje vago y abstracto. Ver: Barros, Enrique, Tratado de Responsabilidad Extracontractual, (Editorial Jurídica de Chile), 2020, p. 534.

10 Tales como, entre otros, la normalidad del servicio o el espacio de discrecionalidad de la Administración. Ver Barros, Enrique, Op. Cit.

11 Ver nota 54.

Sin embargo, una relevante sentencia de la Corte Suprema en el caso "Arrau Palma, Eduardo y otro con Superintendencia de Valores y Seguros" (en adelante, caso Arrau), pone en tensión tal estado de cosas. En efecto, el 25 de noviembre de 2022, la Corte Suprema condenó a la Superintendencia de Valores y Seguros (en adelante, SVS), al pago de más de treinta y tres millones de pesos por concepto de responsabilidad extracontractual por falta de servicio[12].

Específicamente, la falta de servicio consistió en la infracción, por parte de la SVS, de sus deberes de fiscalización respecto de la ya extinta corredora de bolsa "Raimundo Serrano MC Auliffe Corredores de Bolsa S.A." (en adelante, la Corredora). Esto, a raíz de un caso que la involucró en la comisión de una serie de delitos tipificados en la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores. La indemnización se impuso en favor de dos antiguos clientes de la Corredora, quienes se vieron afectados por la conducta de esta, y que alegaron que la falta de fiscalización imputable de la SVS derivó en un daño patrimonial del que ésta debía hacerse cargo.

La sentencia es deficiente en el análisis de los deberes de servicio que le correspondían a la Superintendencia, así como de las medidas de fiscalización utilizadas y su incidencia en la determinación del estándar exigible al órgano. Por consiguiente, el caso da una buena razón para volver al examen de la determinación de los deberes y estándares de servicio, específicamente en un contexto con características bien particulares, como lo es el de la responsabilidad del Estado regulador. Asimismo, y como se verá, el caso permite ilustrar la tesis sostenida en este trabajo.

En consecuencia, el resto del artículo se estructurará de la siguiente forma: en primer lugar (sección 2), se expondrán algunos puntos teóricos sobre el Estado regulador y las agencias administrativas independientes. Luego, en la sección 3, se destacarán y desarrollarán las consecuencias que acarrea la actuación de estos órganos reguladores en la determinación de sus deberes de actuación y estándares de servicio, dentro del contexto de la responsabilidad del Estado por falta de servicio. En la sección 4 se expondrán los antecedentes del caso Arrau, así como la historia procesal y los argumentos brindados por la Corte Suprema y el tribunal de primera instancia para calificar la conducta de la SVS como una falta de servicio. La sección 5, por su parte, se centrará en analizar parte de la argumentación de la Corte Suprema. Esto, con el objeto de apreciar si los elementos que afirmamos debieran ser considerados en la articulación de los deberes y estándares de servicio se encuentran presentes y, en caso de que no fuera así, exponer la manera

12 Corte Suprema, Rol 20997-2020, 25-11-2022.

en que ellos podrían haber interactuado con los hechos del caso. En la sección 6 se presentarán algunas conclusiones.

2. ¿Quién es el regulador? Sobre el Estado regulador y las agencias administrativas independientes

Conceptualmente, el Estado regulador se ubica junto al Estado social y el Estado subsidiario. El criterio que guía su distinción normalmente está asociado a la intensidad con que el Estado participa o interviene en la economía[13]. Así, por un lado, en el Estado social, este es proveedor de bienes y servicios, interviene en la economía bajo el título habilitante del servicio público o indirectamente mediante la concesión, y participa en aquella de forma predominante[14]. Por otro lado, en un modelo subsidiario, muy ligado a economías de mercado y neoliberales, el Estado se abstiene de realizar la gran mayoría de actividades económicas, cuyo ejercicio queda predominantemente en manos de privados[15].

Entre tales modelos se posiciona también el del Estado regulador. Bajo este paradigma, el Estado deja su pasividad, pero sin llegar a ser el protagonista en el desarrollo de las actividades productivas[16]. En este sentido, el Estado regulador es uno que "desempeña actividades reguladoras: escoge y pondera bienes e intereses para que sean objeto de tutela, identifica y previene riesgos, y para ello diseña, dota de sanciones, adopta y aplica reglas de conducta"[17].

Más específicamente, una característica distintiva del Estado regulador es la utilización de una variedad de instrumentos jurídicos que se enmarcan en el concepto de "regulación". Si bien en un sentido amplio la regulación abarca cualquier actividad que implique la creación de normas jurídicas, en un sentido restringido puede definirse como el control continuo de un mercado "mediante la imposición a sus operadores de obligaciones jurídicas proporcionales a misiones de interés

13 Majone, Giandomenico y la Spina, Antonio, "El Estado regulador", en Gestión y Política Pública, N° 2, (Centro de Investigación y Docencia Económicas), 1993, pp. 217-219; Baamonde, Laura, "Estado regulador", en Revista en Cultura de la Legalidad, N° 17, (Eunomía), 2019, pp. 250-253.

14 Baamonde, Laura, Op. Cit.

15 Hay que tener en consideración, con todo, que las líneas divisorias entre Estado regulador y Estado subsidiario son un tanto borrosas. No obstante, en este trabajo utilizaremos una noción quizás más radical del Estado subsidiario, el que está fuertemente ligado al modelo que se impuso mediante la Constitución de 1980. Ver: Vallejo, Rodrigo y Pardow, Diego, "Derribando mitos sobre el Estado empresario", en Revista Chilena de Derecho, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho), 2008, pp. 137-141.

16 Debemos hacer notar que nos referimos específicamente a lo que tradicionalmente se ha denominado como "regulación económica", que tiene como objetivo prevenir o corregir las fallas de mercado. Ver: Majone, Giandomenico y la Spina, Antonio, Op. Cit., p. 227.

17 Majone, Giandomenico y la Spina, Antonio, Op. Cit., p. 213.

general objetivamente determinadas, según la valoración que en su ámbito de extraordinaria discrecionalidad realiza la administración"[18].

Así, dentro de las nociones restringidas de regulación, suele distinguirse entre la regulación económica y la regulación social. De esta forma, la regulación social "tiende a corregir una amplia gama de efectos colaterales o características externas de las actividades económicas, como los de salud, ambiente, seguridad del trabajador e intereses de los consumidores (...) la regulación social suele formular normas uniformes (...) que se aplican a categorías muy amplias de empresas"[19]. Por su parte, el objetivo de la regulación económica es prevenir o controlar la aparición de monopolios y, por tanto, mantener la libre competencia[20]. En adelante, sólo nos centraremos en este último tipo de regulación.

Quizás el aspecto más relevante de atender a las especificidades de la regulación económica es que permite comprender qué objetivos se buscan conseguir al acudir a ella. En este sentido, este tipo de regulación viene a complementar y concretar los principios de una economía de mercado. Precisamente, la tarea correctiva de la regulación económica halla su fundamento filosófico en la clásica teoría del interés público, que ve en ella la labor de corrección de las fallas del mercado[21]. De esta forma, el Estado regulador vela por generar las condiciones adecuadas de eficiencia en un mercado, de manera de que funcione competitivamente.

Para ilustrar lo dicho anteriormente, puede tomarse como ejemplo la regulación del mercado de valores. La experiencia estadounidense demuestra que, luego de la crisis de 1929 y de la Gran Depresión que la siguió, fue necesario contar con una institucionalidad regulatoria federal que fuera capaz de asegurar la total transparencia de información en el mercado de capitales, a través de la imposición de ciertas obligaciones legales y la designación de una agencia administrativa independiente con amplias potestades para supervisar dicho mercado[22]. Como puede observarse, a estos objetivos subyace la idea de que los inversionistas y

18 Montero, Juan, Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados, (Tirant lo Blanch), 2023, p. 17.

19 Majone, Giandomenico y la Spina, Antonio, Op. Cit., p. 227.

20 Majone, Giandomenico y la Spina, Antonio, Op. Cit., p. 227; Mardones, Marcelo, Lecciones de derecho económico. Regulación económica de los mercados, (Tirant lo Blanch), 2022, pp. 40-41; Montero, Juan, Op. Cit., p. 40.

21 Mardones, Marcelo, Op. Cit., pp. 88-90; Romero, Juan José, "¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones", en Revista Chilena de Derecho, N° 1, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho), 2008, pp. 11-12.

22 Caballero, Guillermo, "Presente y futuro de la SVS. Comentarios al documento 'Comisión de Valores y Seguros. Una reforma para impulsar el crecimiento, la transparencia y el mejor gobierno del mercado de capitales", en Revista Chilena de Derecho Privado, N° 11, (Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho), 2008, pp. 11-18.

otros partícipes del mercado tomarían decisiones racionales y eficientes basadas en información fidedigna[23]. Se buscaba, en consecuencia, consolidar uno de los clásicos principios de la teoría económica liberal.

Puede observarse que, bajo el Estado regulador, es este el titular principal de la actividad regulatoria. Sin embargo, de forma abstracta, su ejercicio correspondería a la totalidad de organismos estatales, por cuanto todos ellos, de una forma u otra, crean normas jurídicas[24]. Sin ir más lejos, nos interesa responder a la pregunta sobre quién es el regulador en la medida que nos lleve a dos posibles respuestas: el legislador y las agencias administrativas independientes.

El legislador es quien, bajo la separación clásica de poderes, tiene primeramente la labor de dictar normas de carácter general y abstracto. Asimismo, es quien define, conforme a la distribución constitucional de sus competencias y límites, de qué forma (si es que así lo decide) va a estructurar determinados ámbitos del ordenamiento jurídico, lo que por cierto incluye al de las actividades económicas. Sin embargo, empíricamente, desde finales del siglo pasado se ha extendido mundialmente la práctica de dotar de potestades normativas a la Administración, específicamente a las ya nombradas agencias administrativas independientes[25].

Estas agencias suelen caracterizarse por la colegialidad en la composición de sus órganos, su especialización en la regulación de un sector concreto de la actividad estatal (lo que deriva en un alto grado de conocimiento técnico), la atribución de potestades reglamentarias y sancionadoras, su emplazamiento al margen de la línea jerárquica de mando, entre otras[26]. Estados Unidos fue pionero en la creación de este tipo de organismos, seguido en importancia por el modelo francés[27].

De esta forma, el paradigma del Estado regulador va fuertemente ligado a la creación de organismos administrativos autónomos altamente técnicos, con potestades de regulación de determinados sectores económicos. No obstante, la atribución de potestades a estos órganos no se limita a su función normativa, pues

23 Caballero, Guillermo, Op. Cit.

24 Esto, como es posible deducir, corresponde a una noción amplia de regulación. Ver: Majone, Giandomenico y la Spina, Antonio, Op. Cit.

25 Pomed, Luis Alberto, "Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes", en Revista de Administración Pública, N° 132, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1993, pp. 139- 140.

26 Pomed, Luis, Op. Cit., pp. 140-141. Vergara, Alejandro, "Autoridades administrativas independientes (agencias): mito y realidad de un modelo conveniente para Chile", en Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 25, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho), 2017, pp. 50-52.

27 Pomed, Luis Alberto, Op. Cit.

junto a ella se les ha investido con funciones fiscalizadoras, sancionadoras y de resolución de conflictos[28].

Históricamente, el Estado de Chile ha asumido las características de cada uno de estos modelos. En efecto, a la elaboración de la Constitución de 1925 le siguió la implementación de un modelo bastante cercano al del Estado social o de bienestar. La política económica seguida por parte de los gobiernos de la época buscó la industrialización estatal de determinados sectores productivos, la creación de mecanismos jurídicos de intervención económica (como el control de precios), o el aumento del gasto público[29]. Asimismo, desde 1962 en adelante, se profundizó y amplió la reforma agraria, se intervino en el mercado de derechos de agua y se nacionalizó el cobre[30]. Por otro lado, y como es bien sabido, junto a la imposición de la Constitución de 1980 se inició un proceso de privatización de las actividades económicas y un fuerte repliegue del Estado, el que adoptó las funciones y objetivos de un Estado subsidiario[31].

A pesar de que exista acuerdo en que la Constitución de 1980 buscó sentar las bases de un modelo de Estado subsidiario mucho más inspirado en las teorías desregulatorias[32], en la práctica se ha desarrollado una legislación y organización administrativa que responde a las características típicas del Estado regulador. En efecto, la regulación de sectores como el eléctrico, el urbanístico, el financiero, el de la libre competencia, o el ambiental, y la respectiva creación de órganos administrativos sectoriales (y en algunos casos, también tribunales especializados) dotados de varias de las potestades mencionadas anteriormente, da cuenta de la gran importancia de la actividad de regulación.

Lo hasta ahora expuesto tiene relevancia para efectos de nuestro trabajo en tanto el caso que se presentará involucra a la SVS[33]. Si bien es fuertemente cri-

28 No argumentaremos, con todo, a favor o en contra de la legitimidad democrática de las agencias independientes o de su inconstitucionalidad en el contexto constitucional chileno. Nos parece suficiente constatar su existencia y proliferación, y la posibilidad de que sirvan como una auténtica punta de lanza para cambiar el tradicional paradigma sobre la separación de poderes. Ver: Soto, Sebastián, "La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo", en Estudios Constitucionales, N° 2, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2018, pp. 457-461.

29 Faúndez, Julio, Democratización, Desarrollo y Legalidad. Chile, 1831-1973, (Ediciones Universidad Diego Portales), 2011, pp. 89-91 y 131-134.

30 Bauer, Carl, "Derecho y economía en la Constitución de 1980", en Perspectivas en Política, Economía y Gestión, N° 1, (Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas), 1998, p. 26; Thome, Joseph, "Expropriation in Chile under the Frei Agrarian Reform", en The American Journal of Comparative Law, N° 3, (Oxford University Press), 1971, p. 489; Fermandois, Joaquín, "La Larga Marcha a la nacionalización: el Cobre en Chile, 1945-1971", en Jahrbuch Fur Geschichte Lateinamerikas, N° 38, (De Gruyter), 2001, pp. 287-312.

31 Fermandois, Arturo, Derecho Constitucional Económico, (Ediciones UC), 2006, pp. 85-96.

32 En efecto, la denominada Escuela de Chicago surge con esta pretensión. Ver: Romero, Juan José, Op. Cit., pp. 13-17.

33 Según su Ley Orgánica, art. 1, "una institución autónoma, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Gobierno a través del Ministerio de Hacienda".

ticada la inclusión de las Superintendencias dentro de la categoría de este tipo de agencias, principalmente debido a que no gozan de una verdadera independencia[34], para nuestros efectos, interesan dos consideraciones. Por una parte, el hecho de que, al margen de las deficiencias de su articulación institucional como entes independientes, las Superintendencias sí cuentan con un alto grado de especialización, derivado fundamentalmente de su exclusividad en la regulación de un sector delimitado[35]. Por otra parte, porque el ordenamiento jurídico chileno pareciera dirigirse a un modelo con agencias administrativas realmente independientes. Es más, a la derogación de la SVS le siguió la creación de la Comisión para el Mercado Financiero, un órgano administrativo mucho más cercano al modelo ideal de agencias independientes[36]. Esto, en último término, deriva en que las consideraciones que realicemos sobre la SVS, en función de su inclusión dentro de este tipo de agencias, puede tener incluso mayor cabida un futuro con más y mejores agencias administrativas de este tipo.

3. Consecuencias del paradigma regulatorio: redefinición de los límites del control judicial de la Administración y de los estándares de servicio

3.1 La especialización y el control judicial de la Administración

La principal consecuencia de la proliferación de las agencias reguladoras en el derecho tiene relación con un problema bastante antiguo: el control judicial de la Administración. Específicamente, con la intensidad que este control tendrá respecto de la actuación precisa de las agencias administrativas independientes.

En abstracto, la intensidad de este control puede oscilar entre dos actitudes del juez hacia la Administración. Por un lado, el de la deferencia y, por el otro, el de la no-deferencia[37]. Esto significa, respecto de la primera, y en palabras de Cordero y Tapia, que "toda vez que el significado de una norma es ambiguo con respecto a

34 Vergara, Alejandro, "Autoridades administrativas independientes (agencias): mito y realidad de un modelo conveniente para Chile", en Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 25, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho), 2017, pp. 52-55; y García, José y Cordero, Luis, "Elementos para la discusión sobre agencias independientes en Chile. El caso de las superintendencias", en Anuario de Derecho Público, (Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho), 2012, pp. 432-435.

35 Es inevitable que los cuestionamientos a la independencia de las Superintendencias salpiquen a su carácter técnico, pues su dependencia a las consideraciones de los gobiernos de turno podría llevarlas a tomar decisiones insuficientemente fundamentadas desde el punto de vista experto.

36 Ver, en general: Morales, Diego y Lambeth, George, "La comisión para el mercado financiero y el perímetro regulatorio del regulador: algunas notas sobre sus implicancias", en Anuario de Derecho Público, (Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho), 2017, pp. 241-266.

37 Cordero, Luis y Tapia, Javier, Op. Cit., pp. 30-32.

la específica cuestión de derecho que se trata de resolver o cuando el legislador ha entregado explícitamente una autorización a la Administración (...) la judicatura debiera rehusar considerar el mérito legal de la interpretación utilizada en la decisión de la instancia previa"[38]. En otros términos, la deferencia otorga al regulador un amplio espacio de discrecionalidad.

Por su parte, la no-deferencia implica la actitud contraria, es decir, el juez podría asumir la actitud de examinar todo o parte del procedimiento y de la decisión tomada por el ente regulador, llegando en último término incluso a sustituir parcial o totalmente la decisión del organismo administrativo[39].

La circunstancia de encontrarnos frente a un juez deferente va a depender, naturalmente, de las propias convicciones que este tenga respecto del control de la actividad administrativa. Sin embargo, hay variables de diseño institucional que plantearán diversos incentivos para actuar de una u otra forma. Siguiendo a Cordero y Tapia, estos pueden ser dos: la existencia de instancias especializadas o generalistas de revisión, y la definición normativa de un determinado ámbito de revisión[40]. De esta forma, la existencia de sectores acotados regulados por órganos administrativos especializados, con una formación técnica más elevada, genera el incentivo de que jueces generalistas, respecto de los cuales hay información asimétrica, sean más deferentes con la Administración.

Por otro lado, hay sectores regulados que, además de contar con un órgano administrativo especializado, cuentan con tribunales contenciosos administrativos especializados. Un ejemplo de ello es el caso de los Tribunales Ambientales, que controlan gran parte de la actuación de la Superintendencia del Medio Ambiente. En este caso, el mismo diseño institucional genera los incentivos para que el control judicial sea más intenso.

Acá es donde resulta pertinente vincular lo dicho hasta ahora con la responsabilidad del Estado por falta de servicio. Si bien no intentaremos argumentar sobre la conveniencia de una actitud deferente o no-deferente, sí consideramos relevante introducir los incentivos derivados de la especialización administrativa como un elemento a considerar en la determinación del estándar de servicio aplicable a las agencias administrativas.

38 Cordero, Luis y Tapia, Javier, Op. Cit., pp. 30-31.

39 Cordero, Luis y Tapia, Javier, Op. Cit., p. 31. Este tipo de actitud puede llegar al punto que suele llamarse "control pleno", Rey, Andrés, "Alcance del control judicial de los actos administrativos del regulador del sector eléctrico en Colombia", en Revista Digital de Derecho Administrativo, N° 28, (Universidad Externado de Colombia), 2022, p. 94.

40 Cordero, Luis y Tapia, Javier, Op. Cit., pp. 16-17.

3.2 Falta de servicio y especialización administrativa: implicancias en la determinación de los deberes y estándares de servicio

En Chile, el régimen de responsabilidad de la Administración del Estado se deriva fundamentalmente del artículo 38 de la Constitución, y de los artículos 4° y 42 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Esta regulación establece como título de imputación de este tipo de responsabilidad a la "falta de servicio". Al respecto, está suficientemente difundida en la doctrina y jurisprudencia nacional la fórmula que define a la falta de servicio como el "mal funcionamiento, el funcionamiento tardío o no funcionamiento de un servicio"[41].

Se ha debatido sobre la relevancia que, para estos efectos, tiene el reproche personal dirigido al servicio de que se trate, lo que en definitiva determina la aplicación de un régimen de responsabilidad subjetiva o uno de responsabilidad estricta[42]. Teniendo en cuenta lo anterior, este artículo apunta a un aspecto más específico: los elementos que interfieren en la articulación de los deberes y estándares de servicio, los que se utilizarán para contrastarlos con la actuación efectiva que tuvo la Administración y, en consecuencia, servirán para determinar si hubo falta de servicio. Naturalmente, para ello debemos prevenir que la falta de servicio exige un juicio subjetivo (no es, por tanto, una responsabilidad que solo exija conducta, daño y relación de causalidad). Aunque puede decirse que este juicio se objetiviza, en tanto que, para afirmar o desechar la responsabilidad, es necesario construir un estándar ideal de actuación (una norma o deber objetivo), respecto del cual se contrastará la actuación efectiva de la Administración[43].

En este sentido, una primera cuestión a tener en cuenta es que suele suceder que los deberes de servicio de un órgano estatal pueden ser muy generales y vagos, o incluso no establecerse expresamente[44]. Así, por ejemplo, sucede comúnmente con las municipalidades. Otro aspecto común es que muchas veces no se establecen deberes propiamente tales, sino que funciones, además de potestades y otros instrumentos que permiten poner en movimiento esas funciones[45].

41 Valdivia, José Miguel, "Nuevas fronteras de la falta de servicio", en Gaceta Jurídica, N° 301, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2005, p. 8.

42 Cordero, Luis, Lecciones de derecho administrativo, (Legal Publishing), 2015, pp. 707-710.

43 Barros, Enrique, Op. Cit., pp. 484-487. Esta es, no obstante, una decisión razonable, que puede obedecer a las dificultades que acarrea un mayor grado de especificidad o detalle en la capacidad de adaptación del órgano regulador a nuevas circunstancias.

44 Barros, Enrique, Op. Cit., pp. 484-487.

45 Barros, Enrique, Op. Cit., p. 506

Normalmente, por tanto, no existen deberes de servicio explícitos, por lo que queda al juez construir el deber conforme al material legislativo aplicable. En este sentido, el juez debe distinguir aquello que forma parte de la discrecionalidad de la autoridad con sus deberes de servicio propiamente tales. Luego, otra tarea es, dentro de este deber, definir el estándar exigible. Es decir, si el deber exigirá un actuar más o menos "diligente" por parte de la Administración[46].

Podría decirse que este es el aspecto general de la determinación de los estándares de servicio, aplicable a la mayoría de los casos en que se cuestiona la actuación de la Administración. Ahora bien, en la determinación de estos deberes y estándares es crucial posicionarse contextualmente en la índole de la actividad administrativa y con respecto a qué ámbito en que ella se ejerce se evalúa.

Cada sector impone diversos estándares. Por ejemplo, en la responsabilidad médica tienen mucha relevancia las reglas de la *lex artis*, un conjunto definido de deberes que guían la práctica de la medicina[47]. El control del orden público y la investigación de delitos por parte de las policías, si bien menos propenso a generar incentivos para la deferencia, también suele tender a la uniformidad de criterios que pueden orientar la construcción de los deberes de servicio[48]. Así, la responsabilidad por falta de servicio del Estado regulador se delimita conforme a los elementos ya mencionados: el alto grado de especialización que adoptan las agencias reguladoras y el mismo sector regulado.

Por un lado, el grado de especialización de estas agencias generará los incentivos, cuando no existe una instancia judicial especializada que revise sus actos, para optar por ser deferente con las decisiones regulatorias que tomen dentro de sus funciones. En efecto, la forma en que se preste el servicio, o bien la manera en que se regule un sector está fuertemente vinculado al conocimiento que el órgano tiene de ese sector. Cuáles son las normas que se expedirán, o el momento y los medios que se utilizarán para fiscalizar a los regulados (además de cuáles regulados serán objeto de esta fiscalización) es una apreciación que pasa esencialmente por el organismo regulador. Es más, ante la existencia de recursos limitados para el funcionamiento de los órganos administrativos, se han ideado diferentes criterios que deberían orientar su labor, tales como la teoría de los mercados eficientes o la supervisión basada en riesgo[49]. Esta situación, como resulta natural, obliga a

46 Barros, Enrique, Op. Cit., pp. 508-509.

47 Valdivia, José Miguel, Op. Cit.

48 Cordero, Eduardo, Op. Cit.

49 Ver, en general: Zarhi, Óscar, "La teoría de los mercados eficientes como garantía de una correcta fiscalización del mercado de valores", en Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 19, (Universidad de los Andes, Facultad de

ponderar adecuadamente cuáles son los costos y beneficios que tiene el ejercicio discrecional de la función reguladora con los que acarrea su necesario control judicial.

Esto implica que, tanto la articulación de un deber de servicio allí donde no existe explícitamente (y que supone, como dijimos, un ejercicio de separación entre lo que se deja a discrecionalidad de la Administración de aquello que no), como la definición de un estándar exigible estarán fuertemente influidos por esta característica de las agencias reguladoras. Asimismo, tiene como consecuencia que la carga argumentativa del juez aumente de forma directamente proporcional al grado de especialización del organismo cuestionado, lo que resulta especialmente crítico en el caso de los entes reguladores.

Por otro lado, la estructuración jurídica del sector regulado igualmente cobra importancia para estos efectos, sobre todo dado que no hay uniformidad en la ponderación de los intereses que se buscan resguardar en cada uno de ellos. Un ejercicio de contrastación sirve para ilustrar lo anterior. Tomemos, por ejemplo, dos sectores económicos que en Chile se encuentran regulados, es decir, en donde existe un repliegue del Estado que permite a los privados ejercer con preferencia la actividad económica del sector, pero en que en todo caso la Administración está legitimada, a través de órganos reguladores, para asumir funciones preventivas y correctivas cuando fuere necesario para satisfacer intereses que se consideran más relevantes. Estos son la distribución de electricidad y el mercado de valores.

Respecto de la primera, en su regulación subyacen intereses públicos que sobrepasan los eventuales intereses que los particulares pudieran tener en su participación en el mercado, en la medida que es un servicio de primera necesidad para la población. Ello explica que el sector esté publificado. Esta técnica permite que la Administración ejerza un control mucho más intenso de quienes participan en el mercado, el régimen jurídico en que lo hacen, y las obligaciones que deben asumir[50]. En función de lo anterior, por ejemplo, es que se establece la posibilidad de ejercer medidas tan intensas como la fijación de tarifas[51].

Dicha lógica de intervención es muy distinta de la que opera en el mercado de valores, en que tal medida no tendría sentido por las propias características del

Derecho), 2010, pp. 43-56 y Arancibia, Jaime y González, Marco, "Control judicial de la autoridad financiera y supervisión basada en riesgo", en Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 19, (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho), 2010, pp. 161-165.

50 Vergara, Alejandro, "Derecho eléctrico en Chile: bases fundamentales", en Moreno, Luis y Gernández, Victor (Coords.), Derecho de la Energía en América Latina, Tomo I, (Editorial Universidad Externado de Colombia), 2017, pp. 824-826.

51 Vergara, Alejandro, Op. Cit.

sector regulado. Así, en el mercado de valores existe un grado de intervención estatal (comparativamente) mucho menor, pues la labor de regulación se orienta fundamentalmente a asegurar la transparencia de la información, de manera que se transen las acciones y bonos en condiciones competitivas.

En consecuencia, este segundo elemento opera como otro criterio delimitador tanto de cuáles son los deberes de servicio de los órganos reguladores como del estándar de exigibilidad en el ejercicio de tales deberes. Sin embargo, en cuanto a sus efectos en la carga argumentativa del juez, este elemento puede aumentarla o disminuirla. Así, por ejemplo, en sectores en que se pretende que la intervención administrativa sea más intensa, será más sencillo afirmar que hubo una deficiencia en la actuación del ente regulador, y viceversa.

4. El caso Arrau

No resulta fácil ubicar este caso en alguna línea jurisprudencial de la Corte Suprema. Por un lado, hay una serie de casos de responsabilidad municipal referidos al ejercicio de las facultades de administración de los bienes de uso público. Por otro lado, también hay un ámbito relativamente importante de casos que dicen relación con el uso que hacen ciertos órganos estatales de sus facultades de fiscalización[52].

En cuanto al primer grupo de casos, no hay claridad sobre la línea divisoria existente entre lo que constituye el uso de facultades discrecionales y los deberes concretos de actuación, a pesar de que sí se observa una consideración sobre la importante diferencia entre lo que se tiene derecho a esperar del servicio y aquello que se quisiera que el servicio realizara (es decir, el estándar de diligencia exigible)[53].

En cuanto al segundo grupo de casos, probablemente la referencia más directa esté dada por una sentencia de 2013, recaída en una causa relacionada al conocido caso "Inverlink"[54]. Allí, se demandó que se condenara a la SVS al pago de una indemnización por falta de servicio, debido a la falta de fiscalización sobre la sociedad "Inverlink", lo que le habríampermitido cometer una serie delitos, como estafas y malversación de caudales públicos. La sentencia, en este sentido, rechazó que

52 Para un muy buen y actualizado estudio sobre el deber de fiscalización y su relación con la responsabilidad estatal, ver Arancibia, Jaime, "El deber estatal de fiscalización de funcionarios, contratistas y particulares: contenido y responsabilidad por incumplimiento", en Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 37, (Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho), 2023, pp. 5-31.

53 Barros, Enrique, Op. Cit., p. 534-535.

54 Corte Suprema, Rol 1868-2013, 29-10-2013.

la SVS hubiera incurrido en una falta de servicio, dado que, fundamentalmente, la Superintendencia sí ejecutó medidas de fiscalización, las que eran suficientes para superar el estándar de diligencia exigible. En este contexto, la sentencia recaída en el caso Arrau constituye un claro desvío de esta doctrina.

4.1 Antecedentes

En el año 2009, se hizo conocido un caso que involucró a la ya extinta corredora de bolsa "Raimundo Serrano MC Auliffe Corredores de Bolsa S.A." en una serie de delitos cometidos con infracción de la normativa de la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores. Específicamente, el uso indebido de acciones en custodia y la entrega maliciosa de información falsa a la Superintendencia de Valores y Seguros.

La comisión de los delitos por parte de la Corredora quedó al descubierto cuando uno de sus clientes (que en ese entonces tenía una inversión de más de mil seiscientos millones de pesos en custodia) ordenó verbalmente a la Corredora que vendiera y cambiara parte de sus títulos, instrucción que no fue cumplida. Ante esta situación, el cliente solicitó la devolución de sus valores, recibiendo como respuesta que esta no contaba con las acciones solicitadas. Este hecho fue denunciado al Ministerio Público y a la Bolsa de Comercio de Santiago en mayo de 2009.

De esta forma, cuando la SVS tomó conocimiento de la situación, inició una investigación para recopilar los antecedentes necesarios para la determinación de la existencia de un uso indebido de títulos por parte de la Corredora. En efecto, durante dicho mes, la Superintendencia realizó diversas diligencias investigativas que derivaron en la suspensión de la inscripción de la Corredora en el Registro de Corredores de Bolsa y Agentes de Valores, además de presentar una denuncia ante la Fiscalía de Delitos Económicos y Funcionarios Centro Norte de Santiago.

Las acciones cometidas por la Corredora, según las propias investigaciones de la Superintendencia, y luego corroboradas por el Ministerio Público, dieron cuenta de un uso indebido, habitual y reiterado de los valores que la Corredora mantenía en custodia, y que se extendían hacia el año 2005. Asimismo, se acreditó que la Corredora, en las notas explicativas de los estados financieros y en la Ficha Estadística Codificada Uniforme (FECU) que durante ese período entregó al órgano fiscalizador, elaboró información falsa en relación con los valores que poseía.

4.2 Historia procesal

En mayo del año 2013, la SVS fue demandada ante el 22° Juzgado Civil de Santiago, por concepto de indemnización de perjuicios por responsabilidad por falta

de servicio. Los demandantes alegaban que, con ocasión de los hechos cometidos por la Corredora, el órgano regulador habría incurrido en falta de servicio en la fiscalización de esta; y que, producto de dicha falta de servicio, la SVS debía ser condenada a pagar a título de indemnización de perjuicios por los conceptos de daño emergente, lucro cesante y daño moral.

En su contestación de la demanda, la SVS solicitó su rechazo en todas sus partes. Sin perjuicio de la defensa de carácter procesal por parte del órgano regulador[55], respecto del fondo argumentó, por una parte, que la SVS no omitió sus deberes de reglamentación necesaria para fiscalizar correctamente las corredoras de bolsa bajo su supervisión; y por otra parte, que no era efectivo que no hubiera realizado las labores de fiscalización de la corredora "Raimundo Serrano MC Auliffe Corredores de Bolsa S.A.", por lo que las imputaciones formuladas por los demandantes se basaban en una supuesta falta de servicio inexistente en los hechos.

Para sostener su posición, la SVS detalló el marco jurídico que regía sus facultades de fiscalización, las características de su supervisión y las obligaciones que tenía en relación con la elaboración del marco regulatorio financiero. Además, dio cuenta de todas las acciones de reglamentación, fiscalización y sanción que ejerció en contra de la corredora desde el año 2002 hasta la fecha en que fueron descubiertos los ilícitos cometidos por aquella.

Así las cosas, el 20 de diciembre de 2017, el 22° Juzgado Civil de Santiago dictó sentencia que rechazó en todas sus partes la demanda en contra del ente regulador. Para arribar a esta decisión, el tribunal de primera instancia analizó todas las acciones y diligencias realizadas por la SVS en el marco de los ilícitos cometidos por la Corredora, toda vez que, según los demandantes, si el órgano fiscalizador hubiere cumplido efectivamente con su labor de fiscalización, los ilícitos nunca se hubieren producido. El tribunal analiza en detalle las diligencias de la SVS que son anteriores a la fecha en que se conocieron los ilícitos cometidos por la gerencia de la Corredora, ya que la negligencia imputada a la SVS es no haber impedido la conducta ilícita por parte de la Corredora, más no su actuar posterior al conocimiento de los hechos.

Sobre la falta de servicio imputada, el tribunal de primera instancia razona que el legislador dispuso las funciones y atribuciones generales de la SVS, pero no fue explícito en consagrar los deberes que tiene este órgano, por lo que aquel tendría un margen de discrecionalidad para ejecutar las facultades encomendadas por la

55 Una parte importante de la discusión tanto en primera y segunda instancia como en sede de casación fue la de si la acción se encontraba prescrita o no. Ya que esta materia escapa al alcance de este trabajo, expondremos sólo aquellos aspectos que resulten relevantes para nuestros efectos.

ley. En ese sentido, al no existir deberes legales establecidos de manera explícita, la cuestión jurídica que se plantea el tribunal para determinar si hubo o no la falta de servicio es verificar si el actuar de este órgano fue tan poco razonable que ninguna autoridad consciente de su deber hubiere aplicado medidas que la SVS no tomó. Por tanto, para resolver la efectividad de la falta de servicio, el tribunal construye un estándar de comportamiento esperable de una autoridad que hubiere estado en la situación de la SVS.

Respecto del estándar construido, el tribunal, en primer lugar, desecha una serie de supuestas infracciones a los deberes de servicio de la SVS. Esto, debido a que, cotejando cada una de las diligencias que realizó el organismo con el estándar de diligencia establecido, se deduce que la SVS sí ejerció sus facultades de fiscalización en múltiples ocasiones, a pesar de que ellas no derivaron en el descubrimiento de los delitos que la Corredora estaba cometiendo. En segundo lugar, concluye que sí constituye falta de servicio la demora de dieciséis meses de la SVS en adoptar medidas preventivas oportunas frente a la apropiación o uso de valores en custodia por parte de corredoras de bolsa, más aún cuando estaba en conocimiento de la existencia de ese riesgo en el mercado. Para el tribunal, sin perjuicio del análisis de los demás requisitos de la responsabilidad, esta demora era imputable a la SVS.

Sin embargo, a pesar de que el tribunal imputa una falta de prevención de la SVS y determina la falta de servicio del órgano regulador en el año 2008, este razona que de todas maneras no es posible establecer la causalidad natural entre el obrar de la SVS y el hecho dañoso. Lo anterior, por cuanto no hay certidumbre de la fecha en que se produjo la distracción de los valores pertenecientes a los demandantes, circunstancia que impide determinar si la falta de prevención de la administración es la causa del año. Sumado a ello, agrega que si la SVS hubiere adoptado las medidas preventivas que se reprochan inoportunas, no hay seguridad de que estas medidas hubieren impedido el obrar ilícito de la corredora. Por último, concluye que, de haber sido efectivas las medidas preventivas reprochadas a la SVS para impedir la distracción de valores, estas debían haber sido adoptadas en 2005, periodo que se encuentra fuera del ámbito de imputabilidad de la SVS.

Con fecha 15 de junio de 2018, los demandantes interpusieron un recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva dictada por el 22° Juzgado Civil de Santiago. A diferencia de la sentencia de primera instancia, la Corte de Apelaciones de Santiago acogió la excepción de prescripción opuesta por la SVS. Así, con fecha 28 de diciembre de 2019, los demandantes interpusieron un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de segunda instancia, denunciando

infracciones de ley respecto de la excepción de prescripción acogida y del fondo de la sentencia de primera instancia, en relación con la falta de servicio de la SVS.

De esta manera, con fecha 25 de noviembre del 2022, la Corte Suprema dictó sentencia definitiva en el caso, desechó la excepción de prescripción y condenó a la SVS al pago de una indemnización por falta de servicio ascendiente a más de treinta y tres millones de pesos.

Para fundar su decisión, la Corte Suprema, en primer lugar, examinó la Ley 18.045 sobre Mercado de Valores. Específicamente, menciona los artículos 1°, 2° y 32° de la normativa. Ellos establecen quiénes se encuentran sujetos a esta, la "obligación" de la SVS de vigilar el cumplimiento, conforme a sus facultades, de las disposiciones de la Ley[56], y las obligaciones que recaen en los corredores de bolsa y en los agentes de valores.

En segundo lugar, la Corte Suprema realizó un recuento de los antecedentes del caso, tales como el período en que la Corredora hizo uso indebido de los valores en custodia, los documentos con información falsificada que esta entregó a la SVS, y el momento en que los delitos quedaron al descubierto. Por último, también recalcó la circunstancia de que, en febrero de 2006, la SVS había aplicado la sanción de censura a una empresa auditora que había auditado a la Corredora, debido a que la empresa auditora no estableció políticas y procedimientos que se conformasen con las Normas de Auditoría Generalmente Aceptadas.

Por último, la Corte Suprema concluyó que la SVS omitió ejercer de manera eficiente y eficaz su deber de fiscalización, ya que las gestiones ejecutadas al efecto fueron deficientes, al omitirse cotejar la existencia efectiva de los títulos que, según informaba la corredora Serrano, se encontraban en custodia. Señala la sentencia, además, que el correcto ejercicio de dicho deber de fiscalización no se limita únicamente a recibir los informes que periódicamente se le remitían, sino que correspondía al órgano verificar que efectivamente aquello informado se ajustara a la realidad.

5. La determinación de los deberes y estándares de servicio en el caso Arrau: un breve ejercicio de contraste

La decisión de primera instancia y en sede de casación, a pesar de ser la misma en cuanto a la existencia de una falta de servicio, difiere sustancialmente en cuanto a su fundamentación. Esta obedece, en último término, al proceso mismo de

56 En realidad, el artículo dispone (se ha mantenido la redacción) que "corresponderá" al órgano regulador esta vigilancia.

construcción o determinación de los deberes y estándares de servicio aplicables a la SVS. No obstante que esta determinación, en las sentencias, no se encuentra explícitamente ligada a los elementos de especialización del órgano regulador ni de las características del sector regulado, de todas formas sirve, como se verá, para ilustrar la tesis de este artículo.

Una primera cuestión a tener en consideración es que la decisión de la Corte Suprema carece tanto de un análisis de la distinción entre las funciones del órgano y sus deberes de servicio, como de la fundamentación del estándar exigible al mismo. En efecto, luego de enumerar algunos de los antecedentes que se expusieron en primera instancia y parte de la normativa de la Ley sobre Mercado de Valores, la Corte lisa y llanamente afirma que se infringió el deber de vigilancia de la SVS.

No hay un argumento que permita discernir la forma en que, a partir de las funciones de la SVS, se derivaron sus deberes de actuación. Lo mismo sucede respecto del estándar de servicio exigible a la SVS, pues no hay mayor fundamento para que no se haya considerado que las diligencias de fiscalización ejercidas por ella sobre el mercado de valores y la Corredora tuvieran incidencia en la satisfacción del estándar.

Una segunda cuestión a considerar es que, al contrario de la Corte Suprema, el ejercicio argumentativo del tribunal de primera instancia fue mucho mayor. En primer lugar, identificó la diferencia entre funciones y deberes, y exigió que la demandante expusiera cuáles deberes específicos de actuación tenía la SVS respecto del mercado de valores y la Corredora. En efecto, la demandante, en un primer momento, sólo hizo alusión a deberes generales de vigilancia, confundiendo el ejercicio discrecional de las potestades del órgano regulador con sus deberes de servicio. No obstante, luego la demandante establece como deberes de la SVS: prohibir que una empresa auditora externa infractora volviera a efectuar auditorias, adoptar la sugerencia de la Bolsa de Valparaíso y dictar normas de uso indebido de custodias.

En segundo lugar, teniendo presente la distinción entre las funciones y los deberes del órgano, justifica, en base a este espacio de discrecionalidad, un determinado estándar de exigibilidad[57]. En seguida, después de identificar y evaluar cada una de las medidas de fiscalización tomadas por la SVS, y conforme a tal estándar, solamente determinó que hubo falta de servicio en la demora en adoptar normas de prevención del uso indebido de valores en custodia, en circunstancias que la Bolsa de Comercio de Valparaíso dieciséis meses antes ya había implementado un mecanismo preventivo.

57 Que haya sido tan poco razonable que ninguna autoridad consciente de su deber hubiere aplicado medidas que la SVS no tomó.

La diferencia entre ambas decisiones pasa principalmente por la claridad de la distinción entre aquello que constituye el espacio de discrecionalidad del órgano y de sus deberes propiamente tales. En el caso de la Corte Suprema no existe tal distinción. Si bien esta tiene su fundamento en un hecho que es transversal a toda la Administración del Estado (la Administración suele tener mayor información y capacidad técnica que los jueces), en el caso de las agencias reguladoras ese fundamento se profundiza aún más.

Pero este nivel elevado de especialización no solo afecta la decisión sobre qué comprende el ejercicio discrecional de las funciones del órgano y qué comprende sus deberes, también influye en el estándar de conducta exigible al ente regulador. En cierto sentido (y esto aplica a ambos aspectos) influye en la dificultad con que el juez debe sortear el "obstáculo" que constituye la barrera entre uno y otro espacio, y en dónde se posiciona el baremo de la diligencia que puede exigirse al órgano.

De esta manera, si se tuviera que posicionar al juez de primera instancia y a los jueces de la Corte Suprema dentro de los extremos de "deferentes" y "no deferentes", hay buenas razones para definir al primero como deferente, y a los segundos como no deferentes. Principalmente porque, por un lado, se reconoce su ámbito de discrecionalidad y se establece un estándar de conducta bajo (si se quiere, asimilable al estándar exigido por la culpa leve o a la culpa grave) para tener por infringido el deber de servicio. Y, por el otro, porque pareciera afirmarse implícitamente que no existe ese ámbito, con lo que el deber de fiscalización de la SVS aparece configurado como una obligación de resultado, no una de medios[58].

Lo dicho no quiere decir que los jueces deban abstenerse de controlar a estas agencias reguladoras. Sin embargo, este control se ve delimitado doblemente por la circunstancia de estar involucrado uno de estos órganos: primero, porque implica una mayor carga argumentativa que permita pasar desde el espacio de la discrecionalidad al de los deberes (o pasar de un estándar medio o bajo de conducta a uno mayor); segundo, porque a veces existirán los incentivos institucionales para que este control se vea limitado. El primer aspecto incide tanto en jueces generalistas como en especializados, mientras que el segundo dice relación solamente con los generalistas.

58 La primera es aquella que exige al deudor, para la verificación del cumplimiento de la obligación, la obtención de un resultado. La segunda, por otro lado, exige al deudor, para la verificación del cumplimiento de la obligación, el empleo de la diligencia debida, de forma independiente del resultado (por ejemplo, algunos casos de intervenciones quirúrgicas). Ver: Pizarro, Carlos, "La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia", en Revista de Derecho, N° 31, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2008, pp. 257-258. Agradecemos a Vicente Bustos por destacarnos este punto.

Ahora bien, lo cierto es que, en las sentencias, no hay muchos indicios que permitan vislumbrar una posición de los jueces respecto de la incidencia de la configuración legal del sector regulado en la determinación de los deberes y estándares de servicio. Sin embargo, sí puede observarse en ellas las consecuencias de ciertos arreglos legales para el control judicial. Por ejemplo, el hecho de no haberse establecido expresamente deberes de servicio en la Ley Orgánica de la SVS es suficiente para que el juez de primera instancia delimite muy marcadamente su ámbito de control.

En este sentido, es relevante preguntarse sobre la forma en que influye que el legislador haya establecido sólo "atribuciones generales" y competencias amplias para la ejecución de la labor de fiscalización de la SVS, y cómo este factor se relaciona con la existencia de un mercado de capitales que debe funcionar en condiciones competitivas. Cuando se determinan los deberes y estándares de actuación del órgano regulador es importante tener en cuenta cuál es la discrecionalidad con la que se espera que este actúe y la amplitud del ámbito de "no interferencia" de los sujetos regulados, además de cómo la ley recoge estas expectativas. Así, por ejemplo, algunos criterios que resultan indiciarios de una decisión al respecto pueden ser que el sector esté publificado o no, las fallas de mercado (y su profundidad) que afectan al sector, o la atribución de potestades amplias y generales a la agencia regulatoria. Retomando la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, lo anterior puede significar tanto un acercamiento al primer como al segundo tipo de obligación (y dentro del primer tipo, la existencia de un estándar más o menos exigente).

6. Conclusiones

El presente trabajo, lejos de justificar una postura que niegue las posibilidades de control judicial de las agencias reguladoras, ha aportado argumentos que inciden en la forma en que dicho control debe ejercerse, problematizando, a partir del caso Arrau, cómo esto ha ocurrido. Lo anterior se vincula con la permanente definición de nuevas fronteras en el ámbito de la responsabilidad de la Administración del Estado por falta de servicio.

A veces, estas redefiniciones pueden hacer más costosa la toma de decisiones regulatorias, en la medida que las posibilidades de que la Administración resulte pecuniariamente responsable son más altas. Otras veces, por el contrario, resultan en estándares de fundamentación mayores para los jueces, quienes deben sortear,

de una forma y otra, el ámbito de discrecionalidad del que gozan las agencias administrativas.

La proliferación de agencias administrativas independientes y la consolidación del paradigma del Estado regulador parece llamar a un nuevo movimiento de las fronteras de la responsabilidad por falta de servicio. En qué dirección se oriente dicho movimiento dependerá, esencialmente, de lo que los tribunales decidan al enfrentarse a casos como el que presentamos en este trabajo. Ello, sin embargo, no debería obstar a que se ofrezcan elementos que puedan servir de criterio para la construcción de los deberes y estándares de servicio a los que deben estar sujetos este tipo de órganos.

LA CONSTITUCIÓN AMBIENTAL EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL DE 2023

Flavio Quezada Rodríguez[1]

Resumen

En el presente trabajo se analizan las propuestas ambientales elaboradas durante el Proceso Constitucional 2023, en el marco de la discusión constituyente de los últimos años. Así, en un primer momento se explica el alcance político y normativo de la "base ambiental" del artículo 154 de la Constitución; luego se expone el contenido de la constitución ambiental desarrollada en el Anteproyecto de nueva Constitución propuesto por la Comisión Experta; y, finalmente, se abordan los alcances de la constitución ambiental del Proyecto de nueva Constitución elaborado por el Consejo Constitucional y rechazado por la ciudadanía en el plebiscito de diciembre del 2023. Se termina con algunas reflexiones finales y se ofrece un breve cuadro comparado de las redacciones analizadas.

1. Introducción

En los últimos años Chile ha vivido tres procesos que intentaron –sin éxito- reemplazar íntegramente el texto constitucional. El primero impulsado por la presidenta Michelle Bachelet durante su segundo mandato, el segundo entre los años 2020-2022, y el último –en cierto sentido, continuación del anterior- desarrollado durante el año 2023. En el primero de estos procesos, el proyecto de texto constitucional contempló la protección del medio ambiente como uno de los "deberes especiales" del Estado (artículo 3º), el cual se incluyó entre las

1 Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Tarapacá. Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Master en Derecho Público, Université de Bordeaux. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona. Correo: fquezadar@academicos.uta.cl

disposiciones fundamentales del orden constitucional (así se denominaba al primer capítulo del texto). Del mismo modo, se incorporó el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en idénticos términos a la Constitución vigente.

El escueto desarrollo de las materias ambientales contrasta con la clara importancia que tuvo en el proceso participativo que antecedió a la redacción de ese texto. Es más, la evidencia demostró que entre la ciudadanía existió una visión más cercana a una concepción ecocéntrica que antropocéntrica y más comunitaria que individualista respecto a los recursos naturales. En otros términos, parecía existir un constitucionalismo ecológico a nivel popular en contraste a una visión tradicional que primó entre las élites. En razón de ello, la literatura especializada concluyó que un pacto social adecuado y legítimo requeriría expresar la visión ecológica de la ciudadanía[2].

Por su parte, el proyecto de nueva Constitución de 2022 (PNC 2022) fue claramente innovador en esta materia, al menos, para el constitucionalismo chileno, y plasmó un constitucionalismo que la literatura especializada ha catalogado de "ecológico"[3]. Se trata del primer texto que –en Chile- desarrolla en propiedad una constitución ambiental, *i. e*, aquella que consagra principios constitucionales propios, fundantes del orden constitucional, que se concretan tanto en el reconocimiento de derechos fundamentales ambientales como en deberes individuales y estatales específicos, junto a una institucionalidad propia. Evidentemente, tal como lo demuestran los estudios

2 Costa, Ezio; Susaeta, Naiara y Klenner, Maximiliano, "¿Receptividad deliberativa? El derecho al medio ambiente en la discusión constituyente de Chile 2016-2017", en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, Nº 248, (Universidad de Concepción, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2020, pp. 169-197.

3 Moraga, Pilar, "Constitución ecológica. Aprendizaje del proceso constituyente chileno", en Revista de Derecho Ambiental, Nº 18, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho), 2022, pp. 1-12. Glatz, Pedro Pablo y Palma, Carolina, "Construyendo un pacto social ecológico: lecciones urgentes del proceso constituyente chileno", en Pensamiento al margen. Revista Digital de Ideas Políticas, Nº 18, (Ateneo de Estudios Políticos), 2023, pp. 149-163. Costa, Ezio, "La Constitución ecológica y su camino al andar", en Anuario de Derecho Público, (Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho), 2022, pp. 427-446. A la misma conclusión puede llegarse desde la teorización que se ha hecho en esta materia: Linda Collins plantea que una constitución pude ser considerada "ecológica" si reúne, a lo menos, seis principios claves: (i) el principio de sustentabilidad; (ii) equidad intergeneracional y la doctrina del *public trust*; (iii) derechos humanos ambientales; (iv) derechos de la naturaleza; (v) el principio precautorio y de no regresión; (vi) protección climática a través del reconocimiento de los límites planetarios. A su juicio, esto debería ser constitucionalizado, sea mediante su expresión en el texto mismo de la Constitución, sea vía práctica interpretativa, lo que permitiría cambiar el "ADN" de derecho ambiental tradicional propio del antropoceno, al hacerse cargo de la realidad antes que de ficciones legales. Un aspecto interesante de su análisis -especialmente en relación al PNC 2022- es la utilidad de las perspectivas desarrolladas desde los derechos de los pueblos indígenas para afrontar los actuales desafíos que plantea el cambio climático, tal como aconteció en el trabajo de la Convención Constitucional. Collins, Linda, *The Ecological Constitution. Reframing Environmental Law*, (Routledge), 2021. Respecto a la doctrina del public trust en el proceso constituyente 2020-2022: Delgado, Verónica y Hervé, Dominique, "La incorporación de la doctrina del public trust en el Proyecto de Nueva Constitución de Chile: la custodia pública de la naturaleza", en Revista de Derecho Ambiental, Nº 18, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho), 2022, pp. 121-154.

comparados, la respuesta constitucional no es suficiente para afrontar los desafíos ambientales, pero resulta, sin dudas, una tendencia relevante a nivel mundial[4].

El desarrollo de una constitución ambiental, tal como en la PNC 2022, se mantuvo durante el Proceso Constitucional 2023, aunque con alcances e inspiraciones diferentes. El último proceso produjo dos textos: uno elaborado por una comisión integrada por expertos designados por el Congreso Nacional (anteproyecto de nueva Constitución –APNC 2023-), que sirvió luego de "borrador" para la propuesta del Consejo Constitucional (proyecto de nueva Constitución –PNC 2023-). La primera propuesta difiere en su inspiración y alcance de la segunda.

El Proceso Constitucional 2023, entre otros elementos, se caracterizó por contar con un conjunto de contenidos mínimos (enumerados en el artículo 154 de la Constitución vigente) que debían ser desarrollados en la propuesta a plebiscitar. En efecto, la norma dispuso que "[l]a propuesta de nueva Constitución que se someta a plebiscito deberá contener, al menos, las siguientes bases institucionales y fundamentales". Dicho contenido fue conocido como "las 12 bases" puesto que se enlistaban en doce numerales[5]. Una de ellas (la "base ambiental") sirvió de fundamento para el desarrollo de la constitución ambiental tanto en el APNC 2023 como en el PNC 2023.

Para explicar el contenido de dicha "base ambiental", así como a las propuestas que dio origen en el APNC 2023 y el PNC 2023, este trabajo se estructurará en tres secciones: en primer lugar, se explica el contenido y alcance de la "base ambiental"; posteriormente su expresión en la propuesta de la Comisión Experta (APNC 2023); y, luego, su contradictorio desarrollo en la propuesta del Consejo Constitucional (PNC 2023). Se cerrará con algunas reflexiones finales y un cuadro comparado de la constitución ambiental de ambos textos.

2. La "base ambiental" de las "12 bases"

La última de las "bases" contenidas en el artículo 154 de la Constitución dispone que "Chile se compromete constitucionalmente al cuidado y la conservación de la

4 Viñuales, Jorge, "Comparing Environmental Law Systems", en International and Comparative Law Quarterly, Nº 73, (British Institute of International and Comparative Law), 2024, pp. 247-258. Weis, Lael, "Environmental constituionalism: Aspiration or transformation?", en International Journal of Constitutional Law, Nº 16, (British Institute of International and Comparative Law), 2018, pp. 836-870.

5 Sin embargo, un sector de la doctrina ha afirmado que, en realidad, se trataría de 13 bases y no 12, al incluir entre ellas las inhabilidades futuras de los partícipes del proceso. García, Gonzalo, "Las doce bases o fundamentos constitucionales", en Salazar, Sebastian, *La encrucijada constitucional de Chile*, (Ediciones Universidad Alberto Hurtado), 2023, pp. 53-54.

naturaleza y su biodiversidad". De este modo, las fuerzas políticas representadas en el Congreso Nacional y que concurrieron al llamado "Acuerdo por Chile" de diciembre de 2022, pactaron algo no menor: si se redactaba una Constitución capaz de representar a todos esos sectores políticos, no podía soslayarse el desarrollo de contenidos ambientales, de manera que se constituía en un mandato directo tanto para la Comisión Experta como para el Consejo Constitucional.

Además, dicho contenido debía –en todo caso- considerar una perspectiva ecocéntrica, es decir, disponer en la máxima norma del ordenamiento jurídico que la naturaleza y su biodiversidad serían un bien en sí, y no necesariamente por su vinculación, instrumentalidad o relación con el ser humano (*i. e.* una perspectiva antropocéntrica). De este modo, se innovaría respecto al débil mandato (en el contexto de un derecho subjetivo fundamental) de "tutelar la preservación de la naturaleza" (19 nº 8 del texto actual). En efecto, la base ambiental dispone "un compromiso al cuidado y conservación de la naturaleza y la biodiversidad *per se*, no supeditado a la vida o salud de las personas. Entonces, es posible sostener que se abandona la visión centrada en el individuo y, por ende, no necesariamente será traducido como una garantía individual"[6]. Ahora, lo anterior no implicaba excluir la visión antropocéntrica o tradicional, sino solo que su inclusión sería resultado de la deliberación propia del proceso 2023[7].

Desde una perspectiva normativa, que el cuidado y la conservación de la naturaleza fuese una base debía tener consecuencias no menores en los textos a elaborar, pues configuraba "un deber de hacer una Constitución"[8], esto es, mandataba a evitaba la omisión para alcanzar una proposición de un nuevo texto con "una nueva identidad axiológica" constitucional[9]. Así, se exigía "el establecimiento formal de un orden nuevo democrático constitucional, y no una refección o versión edulcorada del vigente[10]". La responsabilidad de que así fuese correspondía al Consejo Constitucional desde la propuesta que, para estos efectos, elaborase la Comisión Experta[11].

Como puede verse, al menos en esta materia, el proceso 2020-2022 produjo un cambio trascendental para el constitucionalismo chileno, pues introdujo un

6 Ossa, Juan Luis; Trujillo, Joaquón y Ortega, Magdalena, "Bases institucionales del proceso constituyente: un análisis de la tradición constitucional chilena", en Puntos de Referencia, Nº 649, (Centro de Estudios Públicos), 2023, p. 37.

7 García, Gonzalo, Op. Cit., p. 52-53.

8 García, Gonzalo, Op. Cit., p. 20.

9 García, Gonzalo, Op. Cit., p. 20.

10 García, Gonzalo, Op. Cit., p. 20.

11 García, Gonzalo, Op. Cit., p. 21.

enfoque ecológico que explica la base ambiental y, como se verá, el contenido que generó en este proceso. En otros términos, el eje de la discusión constitucional chilena cambió y, ante ello, los sectores políticos durante 2023 tuvieron que posicionarse.

3. La constitución ambiental del anteproyecto de nueva Constitución elaborado por la Comisión Experta

En cumplimiento de la base respectiva, la Comisión Experta elaboró un anteproyecto de nueva Constitución que propuso al Consejo Constitucional una genuina constitución ambiental con un importante enfoque ecológico. En efecto, en lo ambiental, el texto contenía un conjunto de principios que fundaban el "orden constitucional", deberes individuales, comunitarios y estatales, derechos fundamentales ambientales y las bases constitucionales de la institucionalidad ambiental. Tal como consta en los debates respectivos, no fue fácil arribar al acuerdo que se plasmó en esas redacciones.

El artículo 12 del APNC 2023 dispuso como deber estatal fundante del orden constitucional "…el cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad, protegiendo el medio ambiente y promoviendo la sostenibilidad y el desarrollo". Como puede verse, esta norma reiteró un error contenido en el título del capítulo XIII sobre medio ambiente[12]: se separó la noción de "sostenibilidad" de la noción de "desarrollo". Lo anterior, desde una perspectiva técnica es un error[13], que, por lo demás, se aparta de las tendencias actuales del constitucionalismo[14]. En efecto, la conjunción "y" da a entender que se trata de dos nociones contrapuestas y no que están implicadas necesariamente bajo la idea de sostenibilidad o sustentabilidad, tal como lo hace la legislación vigente en esta materia[15]. Sin embargo, esto se trataba de un error de redacción (incoherencia), pues las demás normas no se inspiran

12 Recuérdese que -de conformidad a las exigencias reglamentarias- la estructura de capítulos fue aprobada antes que las normas contenidas en aquellos. Esto explica que la redacción del título de un capítulo haya repercutido en normas posteriores.

13 Ruggerio, Carlos Alberto, "Sustainability and Sustainable Development: A Review of Principles and Definitions", en Science of The Total Environment, Nº 786, (ELservier), 2021, pp. 1-11.

14 Groppi, Tania, "Sustainability and Constitutions: Constitutional Law and the Dilemma of the Future", en Wroclaw Review of Law, Administration & Economics, Nº 13, (Sciendo), 2023, pp. 1-12.

15 El literal g) del artículo 2 de la ley nº 19.300 dispone que, "para todos los efectos legales", debe entenderse por desarrollo sustentable: "el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, considerando el cambio climático de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras".

en esa lógica cuya compatibilidad con la "base ambiental"[16], por lo demás, resulta -a lo menos- muy discutible. En consideración al proceso de elaboración de la PNC 2023, este punto debería haber sido solucionado por el Consejo Constitucional, pero lamentablemente ello no ocurrió.

Este error no impidió cierta inspiración ecocéntrica en la Constitución ambiental, lo cual se aprecia en el catálogo de derechos fundamentales contenido el artículo 16. En primer lugar, el numeral 20 desarrolla el derecho "a vivir en un medio ambiente sano, sostenible y libre de contaminación, que permita la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones". Como puede verse, esta norma propuso innovar con la incorporación de dos nociones: "sano" y "sostenible". El fundamento de aquello se encuentra tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en los avances legislativos de las últimas décadas. En efecto, el derecho al medio ambiente "sano" es reconocido tanto por el sistema interamericano[17] como europeo[18], y cuenta con un desarrollo jurisprudencial rico[19], conectado incluso con el cambio climático[20].

Por otro lado, añadir la noción de sostenibilidad ("sostenible") se explica por la reciente resolución nº 76 del 26 de julio de 2022 de la Asamblea General de la ONU, la cual reconoció "el derecho a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano". Por su parte, mantener la expresión "libre de contaminación" permite conectar con los avances legales y jurisprudenciales que se habían desarrollado en las últimas décadas de democracia.

En lo que concierne a los dos literales de este derecho (a y b) se mantuvieron las redacciones actualmente vigentes, aunque en un contexto normativo y axiológico distinto, dado tanto por la base que origina la Constitución ambiental como por las demás disposiciones del APNC 2023, en especial, el capítulo XIII. En otros

16 Aunque una inspiración distinta pudo haber existido en el trabajo de algunos miembros de la Comisión Experta, no se trató de una visión que subyaciera a los acuerdos que sustentaron la propuestas, tal como se sigue del contenido de las disposiciones y de los debates respectivos.

17 Es reconocido expresamente en el llamado "Protocolo de San Salvador", vigente en Chile desde el 2022, el cual dispone: "Artículo 11. Derecho a un Medio Ambiente Sano.
1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente".

18 Baumann, Paul, *Le droit à un environnement sain et la Convention européenne des droits de l'homme*, (LGDJ), 2021.

19 De Oliveira, Valerio y Moreira, Gustavo, "Protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Revista Internacional de Derechos Humanos, Nº 5, (Universidad Austral de Buenos Aires, Facultad de Derecho), 2015, pp. 19-50. Basaure, Isaac, "El derecho a un medioambiente sano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", en Estudios de Deusto, Nº 69, (Universidad de Deusto, Facultad de Derecho), 2021, pp. 141-163.

20 Ver la ficha temática "Changement climatique" del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

términos, aunque se mantiene este contenido que pareciera estar supeditado a un derecho subjetivo de seres humanos, ello acontece en un marco distinto al texto vigente, que incorpora el enfoque ecocéntrico[21]. En suma, este derecho se actualiza mediante una equilibrada síntesis de innovación y tradición, conectando el desarrollo nacional con el internacional.

El derecho a la salud también se incorpora a la Constitución ambiental mediante el reconocimiento expreso de las "determinantes ambientales" como parte de su contenido. En efecto, se impone al Estado el deber coordinar y controlar las acciones de salud considerando dichas determinantes. Así, se propuso explicitar esta dimensión en coherencia con el desarrollo jurisprudencial -nacional e internacional- de este derecho en tanto derecho humano[22].

Por otro lado, como una dimensión del derecho a la vivienda, se establece el deber estatal de adoptar "medidas orientadas a generar un acceso equitativo a servicios básicos, bienes y espacios públicos, una movilidad segura y sustentable, conectividad y seguridad vial" (literal b) del número 28). Como se puede ver, se explicitaba en el texto la interrelación entre el derecho a la vivienda y el derecho al medioambiente sano[23].

Posteriormente, el numeral 29 reconoce el derecho humano al agua y al saneamiento, e impone al Estado el deber de "garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras", junto a la regla de prevalencia del "uso para el consumo humano y para el uso doméstico suficiente". De este modo, no solo se eleva a una expresión normativa explícita un desarrollo jurisprudencial bastante asentado[24], ya positivado a nivel legal gracias al transversal acuerdo político que impulsó la reciente reforma al Código de Aguas[25], sino que se asienta una importante línea de continuidad desde el constitucionalismo ecológico de la PNC 2022[26].

---

21 Refuerza esta lectura el hecho esta no es la única interpretación plausible del texto vigente: Guillof, Matias y Moya, Francisca, "Derecho a vivir en un medio ambiente sano", en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, (Tirant Lo Blanch), 2020, p. 900.

22 Figueroa, Rodolfo, "El derecho a la salud", en Estudios Constitucionales, Nº 11, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile), 2013, pp. 283-332.

23 Sanromán, Roberto, "El medio ambiente y la vivienda: su esencia y protección jurídica", en Prospectiva Jurídica, Nº 15, (UNAM, Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas), 2017, pp. 69-80.

24 Peña-Neira, Sergio y Araya, Patricio, "El derecho humano y el deber del Estado de acceso al agua (potable) en la doctrina de la Corte Suprema de Chile", en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Nº 59, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2022, pp. 131-142.

25 Celume, Tatiana, "Reconocimiento legal del derecho humano al agua y sus implicancias en los principios que informan el Código de Aguas", en Revista de Derecho Ambiental, Nº 18, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho), 2022, pp. 35-61.

26 El artículo 57 de la PNC 2022 proponía: "1. Toda persona tiene derecho humano al agua y al saneamiento

Luego, el numeral 34 incorpora una importante innovación al ampliar la función social de la propiedad privada. En efecto, se establece -en su literal a)- que aquella comprende ya no solo la "conservación del patrimonio ambiental" (tal como el texto actual), sino que también el "desarrollo sostenible". En este punto, hay una innovación que también evidencia cierta continuidad con la PNC 2022[27], y encuentra en ella su explicación: la delimitación del contenido propio de la propiedad privada debía conciliarse con las exigencias ambientales propias de un desarrollo sostenible y que abre este derecho al conjunto de deberes que se imponen en otras normas a las personas, comunidades y al Estado a ese respecto.

Respecto a la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas, aunque la norma respectiva se mantiene en el numeral del derecho de propiedad, su contenido cambia profundamente: se eleva al texto constitucional el pacto político que reformó el Código de Aguas y que lo transformó profundamente, tan así, que se ha planteado que se trataría de uno "nuevo"[28]. En otros términos, esta norma blindaría constitucionalmente estos cambios legales.

Por otro lado, la acción de protección del derecho a vivir en un medio ambiente sano, sostenible y libre de contaminación mantuvo la configuración actual del denominado "recurso de protección ambiental". Se trata de una definición objetable, pues constituye una limitación sin justificación suficiente, más aún en tiempos de desafíos climáticos tan críticos como inéditos, y que no consideró adecuadamente los aportes del PNC 2022, bien valorados por la literatura especializada[29].

También se contemplaron específicos deberes individuales. El artículo 38 propuso el deber de todos los habitantes de "contribuir a preservar el patrimonio ambiental" y "proteger el medio ambiente, considerando las generaciones futuras y prevenir la generación de daño ambiental". Luego se señala que "[e]n caso que se

suficiente, saludable, aceptable, asequible y accesible. Es deber del Estado garantizarlo para las actuales y futuras generaciones.

2. El Estado vela por la satisfacción de este derecho atendiendo las necesidades de las personas en sus distintos contextos".

27 El artículo 78 de la PNC 2022 propuso: "Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica".

28 Boettiger, Camila y Crocco, Juan José, "Nuevo Código de Aguas 2022: los ejes del cambio de la regulación de las aguas terrestres en Chile", en Anuario de Derecho Público, (Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho), 2022, pp. 409-425.

29 Navarro, Daniela y Rufatt, Cristofer, "Algunas notas sobre legitimación activa ambiental en el proyecto de nueva constitución del año 2022", en Revista de Derecho Ambiental, Nº 18, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho), 2022, pp. 277-306. Algunos matices críticos adicionales en: Abarca, Jean Carlo, "La naturaleza en la Convención Constitucional de Chile", en Actualidad Jurídica Ambiental, Nº 123, (CIEMAT), 2022, pp. 1-7.

produzca, serán responsables del daño que causen, contribuyendo a su reparación en conformidad a la ley".

Sin dudas una de las innovaciones más interesantes de esta propuesta está en el ámbito institucional. En efecto, tal como se ha planteado en la discusión constitucional comparada[30] y nacional[31], resulta necesario superar el constitucionalismo ambiental limitado a un enfoque de derechos subjetivos, para abrir paso a una lógica habilitadora de restricciones, limitaciones y regulaciones sensibles a los cambios sociales y ambientales, que habilite configuraciones institucionales adecuadas, particularmente, de órganos administrativos especializados. En suma, el protagonismo del enfoque subjetivo debería dar paso a la centralidad de una "perspectiva institucional"[32], que permita concretar un "Estado Administrativo Ambiental" bajo un "Estado de Derecho Ambiental"[33]. Esto se concreta de dos maneras en el APNC 2023: primero, mediante la exigencia de sostenibilidad en la estructura territorial del Estado y, segundo, en un capítulo especialmente dedicado al medio ambiente.

El "desarrollo sostenible" es un objetivo de toda la organización administrativa territorial, en cada uno de sus niveles (artículos 123 y 124). De este modo, se permitiría "posicionar la protección del medioambiente en el mismo nivel que la necesidad de un desarrollo económico que pueda, a su vez, satisfacer la realización de otros derechos, principalmente sociales"[34], es decir, en coherencia con la cláusula de Estado social. Por otro lado, la política fiscal estaría sujeta constitucionalmente -entre otros- al principio de sostenibilidad (artículo 146), de manera que la gestión de los recursos financieros-públicos contemplaría entre sus elementos la protección ambiental.

El capítulo trece del APNC 2023 se titula "Protección del medio ambiente, sostenibilidad y desarrollo". Como puede verse, se reitera el error del artículo 12, al igual que en su primer artículo (el 201), puesto que el desarrollo -desde el marco de la sostenibilidad- no se opone a la protección del medio ambiente, sino que lo implica necesariamente. Sin embargo, su contenido no expresa esa separación, al

30 Se le ha denominado constitucionalismo ambiental "contra-adjuticativo". Weis, Lael, Op. Cit., p. 846.

31 Coddou, Alberto y Tapia, Francisco, "La política constitucional del Antropoceno", en Estudios Constitucionales, número especial, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile),2021, pp. 20-51.

32 Coddou, Alberto y Tapia, Francisco, Op. Cit., p. 34.

33 Coddou, Alberto y Tapia, Francisco, Op. Cit., p. 40. Aranda, Jorge, "El Estado de Derecho Ambiental: concepto y perspectivas de desarrollo en Chile", en Revista Jurídica de Justicia Ambiental, Nº 5, (ONG FIMA), 2014, pp. 23-38.

34 Coddou, Alberto y Tapia, Francisco, Op. Cit., p. 35.

contrario. En efecto, el artículo 201 es especialmente interesante desde el punto de vista axiológico y normativo, pues sintetiza dos visiones que conviven en el APNC 2023: la antropocéntrica y la ecocéntrica; a la vez que -por lo mismo- plasmó el mandato de la base ambiental del artículo 154 del texto constitucional vigente.

En efecto, el artículo 201 señala que la protección ambiental y el desarrollo tienen por finalidad u orientación el pleno ejercicio de los derechos de las personas (visión centrada en el ser humano) como al cuidado de la naturaleza y su biodiversidad (visión centrada en la naturaleza como valor en sí mismo). Lo anterior es, por cierto, expresión del marco de sostenibilidad que cruza el texto, tal como se sigue de la afirmación final de la norma: "considerando a las actuales y futuras generaciones". Esta norma, tan breve como densa, pareciera ser una síntesis entre la decidida innovación ecológica impulsada por el proceso constituyente 2020-2022 y la tradicional visión antropocéntrica del constitucionalismo del siglo pasado.

Posteriormente, el artículo 202 contiene el desarrollo del deber constitucional de protección del medio ambiente que corresponde a las personas, comunidades y el Estado. Así, precisa que "comprende la conservación, preservación, restauración y regeneración de las funciones y equilibrios de la naturaleza y su biodiversidad, según corresponda, de conformidad a la ley". De este modo, se refuerza la lógica habilitante de restricciones y limitaciones que cruza el texto, pues asigna deberes individuales a los particulares, comunidades y órganos estatales y, entre estos últimos, en especial, al legislador, quien desarrollaría posteriormente estos asuntos.

El artículo 203 plasma el denominado principio de justicia ambiental, esto es, la idea que las cargas y beneficios ambientales se rijan por criterios de equidad. Esta directriz impondría entonces adoptar cambios significativos en cuestiones como, por ejemplo, las llamadas "zonas de sacrificio"[35]. Al mismo tiempo, reconocía el derecho de participación ciudadana oportuna en esta materia, lo cual es coherente con las bases de la institucionalidad ambiental del artículo 207, y que constituye la expresión de la tendencia global de constitucionalizar derechos ambientales procedimentales[36]. Por su parte, el artículo 204 reitera el deber estatal de "fomentar el desarrollo sostenible, armónico y solidario del territorio nacional",

35 Hervé, Dominique, "Noción y elementos de la justicia ambiental: directrices para su aplicación en la planificación territorial y en la evaluación ambiental estratégica", en Revista de Derecho (Valdivia), Nº 23, (Universidad Austral de Chile, Facultad de Derecho), 2010, pp. 9-36. Hervé, Dominique y Rebolledo, Sebastián, "La justicia ambiental en el ordenamiento jurídico ambiental chileno", en Astrolabio, Nº 11, (Universidad de Córdova, Centro de Investigaciones y Estudios sobre Cultura y Sociedad), 2013, pp. 178-206.

36 Daly, Erin, "Constitutional Protection for Environmental Rights: The Benefits of Environmental Process", en International Journal of Peace Studies, Nº 17, (JSTOR), 2012, pp. 71-80.

pero añade una habilitación a la promoción de la colaboración de particulares en esta tarea.

El artículo 205 contiene un deber estatal de promoción de las fuentes de energía renovable, así como la reutilización y reciclaje de residuos. Esto resulta interesante, a lo menos, desde dos perspectivas: en primer lugar, constituye la síntesis constitucional de políticas públicas que parecieran haber devenido en políticas de Estado, si se atiende al apoyo político transversal que han gozado en los gobiernos de los últimos años; y, en segundo lugar, evidencia una línea de continuidad con el proceso constituyente 2020-2022 que hizo -en esta materia- una definición similar (artículos 59, 133 y 182 de la PNC 2022).

Por su parte, el artículo 206 -en la misma línea que el artículo 129 de la PNC 2022- propuso la implementación por parte del Estado de medidas de mitigación y adaptación al cambio climático, bajo criterios de oportunidad y justicia, además de la promoción de la cooperación internacional para alcanzar esos objetivos. De este modo, la reciente Ley Marco de Cambio Climático (nº 21.455, de 2022), aprobada ampliamente en el Congreso Nacional, contaría además con un soporte o base constitucional.

Finalmente, el artículo 207 -con economía de redacción- contiene las bases de la institucionalidad ambiental: en primer lugar, dispone que deberían existir tanto instituciones administrativas como jurisdiccionales especializadas en esta materia, las cuales se rigen por criterios técnicos; luego, se establecen estándares para su actuación formal. Estos últimos abordaban la evaluación ambiental y exigían que fuese técnica y participativa, así como que la decisión fuese razonable y oportuna. Es importante relevar que estos arreglos institucionales han sido desarrollados legalmente, pero cuentan con una importante aceptación política y social, así como -en general- una valoración positiva desde estudios comparados[37], lo cual puede explicar el intento de elevar sus bases al rango de pacto político fundamental de la sociedad chilena.

4. La constitución ambiental del proyecto de nueva constitución del Consejo Constitucional

Las redacciones del APNC 2023 cambiaron sustancialmente durante el trabajo del Consejo Constitucional, algunas materias fueron excluidas, se incorporaron

37 Castro-Buitrago, Erika; Calderón-Valencia, Felipe y Madrigal-Pérez, Mauricio, "Justicia ambiental comparada. Un modelo para Colombia a partir de los casos de Brasil, Chile y México", en Jurídicas, Nº 19, (Universidad de Caldas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2022, pp. 223-243.

contenidos nuevos y se le dio un significado explícito al error de redacción del artículo 12 y el título del capítulo trece del APNC 2023. Por otro lado, se abrieron importantes márgenes para la litigación desde las actividades económicas que se someten a los mecanismos de evaluación ambiental. Seguramente, cuestionar definiciones legales transversalmente asentadas en el campo político chileno abonó para el rotundo rechazo ciudadano de esta propuesta.

Como definición transversal de la constitución ambiental se reemplazó la expresión "sostenibilidad" por "sustentabilidad". Se trataría de una modificación más bien formal, pues ambas expresiones se entienden sinónimas, aunque esta última conversa mejor con la legislación vigente, pues es la que usualmente ocupa el legislador ambiental (así, por ejemplo, en la ley nº 19.300).

El contenido del artículo 10 cambió de forma importante en el artículo 12 del APNC 2023. En primer lugar, se mantuvo la separación entre la protección ambiental y el desarrollo; aunque en esta ocasión como inspiración expresa del texto, puesto que se buscaba conciliar ambos objetivos que se concebían como contrapuestos. De este modo, cada disposición del texto debería interpretarse como un específico o concreto ejercicio de conciliación o equilibrio. Por otro lado, se modifica el deber estatal de cuidado y conservación de la naturaleza y su biodiversidad, pues el Estado deja de tener un deber directo de protección como en el APNC 2023, ya que le correspondería simplemente "velar" por dicho cuidado y conservación que realizarían unos "otros" indeterminados.

Sin dudas, la mejor expresión de la definición que subyace a este texto se encuentra en el derecho subjetivo especial en esta materia, que se contiene en el numeral 21 del artículo 16. La redacción del Consejo Constitucional hizo dos cambios fundamentales: en primer lugar, supeditó este derecho al desarrollo, de manera que su contenido resultaba severamente restringido tanto respecto al APNC 2023 como al propio texto vigente. Esto resulta especialmente sorprendente, puesto que se ofrecía a la ciudadanía del siglo XXI, en el contexto de una crisis climática planetaria, un derecho ambiental menos robusto que el ofrecido en el siglo anterior en medio de una dictadura. En segundo lugar, el Consejo intensificó (respecto al APNC 2023) la reserva legal para el establecimiento de restricciones específicas de los demás derechos para proteger el medio ambiente, esto es, redujo el ámbito del reglamento exigiendo un mayor desarrollo de las leyes ambientales. Esto último resulta especialmente crítico, puesto que la libertad de empresa y la propiedad privada fueron robustecidos y amparados por la acción de protección, con lo cual las abundantes normas administrativas ambientales que restringen o limitan actividades económicas habrían podido ser cuestionadas judicialmente con cierta facilidad.

El derecho a la protección de la salud (numeral 22 del artículo 16) y el derecho a la vivienda (numeral 29 del mismo artículo) fueron objeto de intensos debates en el seno del Consejo Constitucional y en la opinión pública, en especial, por la constitucionalización de una exención tributaria como la base del modelo actual de provisión de salud. Sin embargo, las innovaciones propuestas por la Comisión Experta fueron mantenidas, aunque, por cierto, en el contexto de una constitución ambiental distinta, como ya se explicó.

En materia del derecho al agua, las modificaciones redujeron sustantivamente su contenido y fueron de cuatro tipos: en primer lugar, limitaron el derecho únicamente a su accesibilidad, con lo cual se excluyeron sus otras dimensiones (*i. e.* suficiencia, seguridad, aceptabilidad y asequibilidad), ya reconocidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema e instancias internacionales[38]. Por otro lado, se redujo la preferencia del "uso doméstico suficiente" que propuso la Comisión Experta al "uso doméstico de subsistencia". Luego, el Estado no tendría un deber de garantizar la seguridad hídrica, cuestión que se sigue de la legislación vigente como de los estándares internacionales, sino que simplemente se limitaría a promoverla. Finalmente, se exigía que la legislación debería "incorporar todas las funciones de las aguas", cuestión que no realiza la ley nº 21.435 que reformó el Código de Aguas, es decir, el artículo respectivo (5 bis) podría ser objeto de litigación.

Lo mismo aconteció con el régimen constitucional del derecho de aprovechamiento de aguas: el Consejo Constitucional introdujo modificaciones que permitirían cuestionar la constitucionalidad de la reforma al Código de Aguas. En efecto, se añadió que estos derechos permiten disponer de ellos, transmitirlos y transferirlo, con lo cual se volvía a configurar en un derecho de propiedad propiamente tal, en su sentido más tradicional, de modo que su temporalidad[39], como el régimen legal de las aguas reservadas para garantizar sus funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica[40], habrían podido devenir en inconstitucionales. La misma suerte habría seguido la prohibición legal de constituir estos derechos sobre los glaciares[41], pues se eliminó la redacción de la Comisión Experta que supeditaba su constitución al "interés público", para permitir regímenes de exclusión.

38 Celume, Tatiana, Op. Cit., pp. 38-42.

39 Nuevos artículos 5º y 6º del Código de Aguas.

40 Nuevos artículos 5º bis al 5º quinquies del Código de Aguas.

41 Nuevo inciso quinto del artículo 5º del Código de Aguas.

El Consejo innovó, en el marco de su filosofía ambiental, al incorporar una nueva dimensión del derecho a desarrollar actividades económicas (artículo 16 numeral 32) al afirmar que sería un deber del Estado promover el emprendimiento y la innovación en las actividades productivas, considerando el desarrollo y la protección ambiental. Así, el legislador al restringir esta libertad debería equilibrar estos últimos.

El derecho de propiedad privada contenido en el numeral 35 del artículo 16 mantuvo la redacción del texto vigente que incorpora la "conservación del patrimonio ambiental" como elemento de la función social, pero eliminó el "desarrollo sostenible" que propuso la Comisión Experta. También se mantuvo la restringida acción de protección ambiental que propuso el APNC 2023, al igual que los deberes individuales del artículo 38, esta vez, en el artículo 37.

En lo que concierte a la tarea de impulsar un "desarrollo sostenible" desde los órganos territoriales del Estado, de forma consistente con la definición política de su imposibilidad (*i. e.* que el desarrollo sería incompatible con la protección ambiental, por lo cual deberían conciliarse) se reemplazó esa expresión por "sustentabilidad" en los artículos 126 y 127 referentes a la organización territorial del Estado. Con todo, pareciera que olvidó proceder del mismo modo en el numeral 6 del artículo 137.

Aunque el título del capítulo trece del APNC 2023 mantuvo su nombre y solo modificó su numeración (pasó a ser el capítulo 16), su contenido cambió sustantivamente: se eliminaron algunos temas, se añadieron otros y se modificó el alcance de lo propuesto por la Comisión Experta. Esto no obstó a que se mantuvieran algunas expresiones. En efecto, el artículo 206 mantuvo la redacción propuesta por la Comisión Experta; aunque el marco de la constitución ambiental de la PNC 2023 quizás le habría dado otro alcance en la práctica. Con todo, hay en su formulación una síntesis de diversas visiones, validada transversalmente durante el proceso constitucional 2023. Así las cosas, puede servir de insumo valioso para eventuales reformas futuras.

Sin embargo, el alcance de la norma anterior es restringido de forma importante en el artículo siguiente (207). En efecto, se excluyó a las comunidades del deber de proteger el medio ambiente y se reitera la separación (por incompatibilidad) entre desarrollo y protección ambiental. Acto seguido se restringe lo que debe entenderse por la noción "protección del medio ambiente" a tan solo la conservación del patrimonio ambiental y la preservación de la naturaleza, esto es, se excluye la restauración y regeneración de las funciones y equilibrios propios de aquella y su biodiversidad, tal como lo propuso la Comisión Experta. Luego

define sustentabilidad como desarrollo económico en términos similares al literal g) del artículo 2 de la ley nº 19.300 pero se excluye de su contenido la consideración del cambio climático. Finalmente, se exige que en las tareas en las cuales consiste la protección ambiental se promueva -siempre y sin excepción admisible- la colaboración público-privada.

Por otro lado, se eliminó del texto el principio de justicia ambiental, aunque se añadió la tríada de derechos del Acuerdo de Escazú: el derecho de acceso a la justicia, a la información y a la participación ciudadana en materias ambientales (artículo 208)[42]. Del mismo modo, se incorporó también, como deber estatal, la promoción de la educación ambiental (artículo 209).

El artículo 205 del APNC 2023 tuvo cambios significativos en el nuevo artículo 210, pues se reemplazó el preciso deber estatal de promoción de las fuentes de energía renovable por la genérica "promoción de una matriz energética compatible con la protección del medio ambiente, la sustentabilidad y el desarrollo". Esta misma "compatibilidad" se le exigiría a "la gestión de los residuos".

La norma referente al cambio climático fue mantenida (artículo 212), pero se añade a las exigencias de oportunidad y justicia de las medidas de mitigación y adaptación, el estándar de racionalidad. También se mantuvo la norma las bases de la institucionalidad ambiental, aunque con modificaciones importantes. En primer lugar, se permitió excepcionar "instituciones administrativas" del "carácter técnico", pues se añadió la frase "según corresponda". Esto último no resultaba necesario jurídicamente, pues las instituciones de gobierno y administración en este sector encuentran su fundamento en la atribución de ambas funciones al Presidente de la República y sus colaboradores directos (ministros de Estado). Luego, se explicitó las exigencias de objetividad, oportunidad y fundamentación de las actuaciones de las instituciones ambientales, sin embargo, su amplitud sin habilitar excepciones legales podría generar inconvenientes en la gestión administrativa cotidiana. Finalmente, lo más complejo en estas modificaciones fueron las exigencias que se añadieron a los procedimientos de evaluación ambiental, pues se les impuso emplear "criterios, requisitos, trámites y condiciones uniformes" y que concluyan en decisiones impugnables. Esto último no resulta especialmente problemático, pues resulta perfectamente inocuo; sin embargo, uniformar todos los procedimientos de evaluación ambiental habría significado la apertura a la declaración de inaplicabilidad e inconstitucionalidad de prácticamente la integridad

42 Roa-García, María Cecilia y Murcia-Riaño, Diana, "El Acuerdo de Escazú, la democracia ambiental y la ecologización de los derechos humanos", en Naturaleza y Sociedad. Desafíos Medioambientales, Nº 1, (Universidad de Los Andes, Colombia), 2021, pp. 31-55.

de ese sistema contemplado en la ley nº 19.300, pues, precisamente, el legislador ha considero necesario realizar diferenciaciones.

Tal como se sigue de la exposición anterior varias normas de la constitución ambiental del PNC 2023 relajaban no solo las exigencias del APNC 2023 sino que de la propia legislación vigente o, incluso, del texto original de la Constitución vigente. Lo anterior pareciera haber sido una decisión consciente, puesto que la disposición transitoria sexagésima segunda disponía un plazo de dos años desde la entrada en vigencia de la PNC 2023, para que el Presidente de la República presentase un proyecto de ley ante el Congreso Nacional para adecuar los procedimientos e instituciones ambientales a las exigencias y requisitos establecidos en el capítulo 16.

5. Reflexiones finales

Como se sigue de esta contribución, los últimos intentos de reemplazo del texto constitucional han abierto una profunda discusión sobre la necesidad de actualizar el pacto político ante los desafíos ambientales. De hecho, el proceso constituyente 2020-2022 fue el primero en desarrollarse en el contexto de una "emergencia climática" y no pudo soslayarlo, puesto que "se trataría de un problema con el que debemos convivir y que, de algún modo, nos constituye"[43]. Así, impuso un cambio importante en el constitucionalismo chileno: un nuevo texto no podía "imaginarse" sin el desarrollo de una constitución ambiental. Ante ello, los diversos sectores de la sociedad chilena deberían posicionarse. Así, es posible constatar el paso de un constitucionalismo decididamente ecológico en la PNC 2022 a un constitucionalismo ambiental menos decidido y más escueto en APNC 2023, pero valioso por cierta continuidad con la reflexión anterior; para, finalmente, encontrar una reacción bastante restrictiva en la PNC 2023. Corresponderá a la ciudadanía de hoy y del futuro dar su juicio histórico de estas propuestas.

Sin embargo, no es posible descartar que la intensidad del debate constitucional chileno de los últimos años haya impactado profundamente en la práctica del texto constitucional vigente, incluso modificándola o "mutándola". En efecto, en estos últimos años y, en especial, durante el trabajo de la Convención Constitucional, la legislación adoptó estándares de vanguardia, incluso incompatibles con la comprensión que por mucho tiempo se tuvo del texto vigente, del mismo modo, la jurisprudencia de la Corte Suprema adoptó decisiones que reinterpretaron las

43 Coddou, Alberto y Tapia, Francisco, Op. Cit., p. 22.

normas constitucionales con alcances inéditos y más garantistas. En otros términos, pareciera que lo discutido en el seno de la Convención tuvo cierto correlato con las definiciones legislativas y jurisprudenciales. Probablemente, por lo mismo, el PNC 2023 fue tan categóricamente rechazado, pues ponía en riesgo esos avances en la protección ambiental (como en otras materias) que ya estarían asentados en el campo jurídico chileno y asimilados por el campo político.

Solo por dar algunos ejemplos: mientras trabajaba la Convención Constitucional se aprobó la ley nº 21.435 que reformó profundamente el Código de Aguas, que adoptó una nueva inspiración, no solo al reconocer el derecho humano al agua -con sus respectivas consecuencias normativas-, sino también eliminando el carácter perpetuo y propietarizado de los derechos de aprovechamiento de aguas. En esa misma época se promulgó la ley nº 21.455, la llamada "Ley Marco de Cambio Climático". En la misma época la jurisprudencia de la Corte Suprema reconoció el derecho humano al agua.

Lo anterior no implica que no existan cuestionamientos a estas decisiones, ni que no puedan ser revertidas en sus aspectos más vanguardistas, sin embargo, permiten evidenciar que, más allá de la forma jurídica, la comprensión de lo constitucional habría cambiado en el campo jurídico chileno en estos últimos años, y que lo ambiental ha dejado -por ahora- de comprenderse de la misma manera en que se hacía durante el siglo pasado. En ello, la discusión constitucional de estos últimos años habría sido fundamental. ¿Qué sigue? Solo la ciudadanía lo determinará.

6. Cuadro comparado de la constitución ambiental del APNC 2023 y el PNC 2023

Anteproyecto de nueva Constitución 2023	**Proyecto de nueva Constitución 2023**
Artículo 12. Es deber del Estado el cuidado y la conservación de la naturaleza y su biodiversidad, protegiendo el medio ambiente y promoviendo la sostenibilidad y el desarrollo.	**Artículo 10.** Es deber del Estado la protección del medio ambiente, velando por el cuidado y conservación de la naturaleza, su biodiversidad y promoviendo la sustentabilidad y el desarrollo.

Artículo 16. La Constitución asegura a todas las personas: **20.** El derecho a vivir en un medio ambiente sano, sostenible y libre de contaminación, que permita la existencia y el desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones. a) Es deber del Estado velar porque este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza y su biodiversidad. b) De acuerdo a la ley, se podrán establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.	**Artículo 16.** La Constitución asegura a todas las personas: **21.** El derecho a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, que permita la sustentabilidad y el desarrollo. a) Es deber del Estado velar por que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza y su biodiversidad. b) La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.
Artículo 16. La Constitución asegura a todas las personas: **21.** El derecho a la protección de la salud en sus dimensiones física, mental y social. a) El Estado protege el libre, universal, igualitario y oportuno acceso a las acciones de promoción, prevención, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación de la persona. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de dichas acciones, asegurando su disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad, abordando sus determinantes sociales y ambientales, de conformidad a la ley.	**Artículo 16.** La Constitución asegura a todas las personas: **22.** El derecho a la protección de la salud integral. a) El Estado protege el libre, universal, igualitario y oportuno acceso a las acciones de promoción, prevención, protección, recuperación y cuidado de la salud y de rehabilitación de la persona, en todas las etapas de la vida. Asimismo, le corresponderá, en virtud de su función de rectoría, la coordinación y control de dichas acciones, considerando las determinantes sociales y ambientales de la salud, de conformidad con la ley.
Artículo 16. La Constitución asegura a todas las personas: **28.** El derecho a la vivienda adecuada. b) El Estado adoptará medidas orientadas a generar un acceso equitativo a servicios básicos, bienes y espacios públicos, una movilidad segura y sustentable, conectividad y seguridad vial.	**Artículo 16.** La Constitución asegura a todas las personas: **29.** El derecho a la vivienda adecuada. **b)** El Estado adoptará medidas orientadas a generar un acceso equitativo a servicios básicos, bienes y espacios públicos, una movilidad segura y sustentable, conectividad y seguridad vial.
Artículo 16. La Constitución asegura a todas las personas: **29.** El derecho al agua y al saneamiento, de conformidad a la ley. Es deber del Estado garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras. Prevalecerá su uso para el consumo humano y para el uso doméstico suficiente.	**Artículo 16.** La Constitución asegura a todas las personas: **30.** El derecho al acceso al agua y al saneamiento, de conformidad con la ley. Es deber del Estado garantizar este derecho a las generaciones actuales y futuras. Asimismo, es deber del Estado promover la seguridad hídrica, acorde a criterios de sustentabilidad. La legislación, regulación y gestión deberán incorporar todas las funciones de las aguas, priorizando el consumo humano y su uso doméstico de subsistencia.
	Artículo 16. La Constitución asegura a todas las personas: **32.** El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la salud pública, al orden público, o la seguridad de la Nación, respetando las normas legales que la regulen. d) Es deber del Estado promover el emprendimiento y la innovación en las actividades productivas, considerando la protección del medio ambiente, la sustentabilidad y el desarrollo.

Artículo 16. La Constitución asegura a todas las personas: **34.** El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. a) Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales y la seguridad de la Nación, la utilidad y la salubridad pública, la conservación del patrimonio ambiental y el desarrollo sostenible. i) Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la Nación. En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con la ley. El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas que confiere a su titular el uso y goce de ellas, de conformidad con las reglas, temporalidad, requisitos y limitaciones que prescribe la ley.	**Artículo 16.** La Constitución asegura a todas las personas: **35.** El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. a) Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales y la seguridad de la Nación, la utilidad y la salubridad pública, y la conservación del patrimonio ambiental. i) Las aguas, en cualquiera de sus estados y en fuentes naturales u obras estatales de desarrollo del recurso, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenecen a la Nación toda. Sin perjuicio de aquello, podrán constituirse o reconocerse derechos de aprovechamiento de aguas, los que confieren a su titular el uso y goce de estas, y le permiten disponer, transmitir y transferir tales derechos, en conformidad con la ley.
Artículo 26. **1.** El que por causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarias sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 16 de esta Constitución, con exclusión de los derechos dispuestos en el inciso siguiente, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente sano, sostenible y libre de contaminación, procederá esta acción cuando este sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.	**Artículo 26.** **1.** El que por causa de actos u omisiones ilegales o arbitrarias sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías reconocidos en el artículo 16 de esta Constitución, con exclusión de los derechos enunciados en el inciso siguiente, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho. En el caso del derecho a vivir en un medio ambiente sano y libre de contaminación, procederá esta acción cuando sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada.
Artículo 38. 3. Es un deber de todos los habitantes de la República proteger el medio ambiente, considerando las generaciones futuras y prevenir la generación de daño ambiental. En caso que se produzca, serán responsables del daño que causen, contribuyendo a su reparación en conformidad a la ley. **Artículo 123.** 1. El territorio de la República se organiza en regiones, provincias, comunas y territorios especiales. 2. Esta organización tendrá como objetivo la integración armónica y el desarrollo sostenible del país, y observará los principios de solidaridad y equidad territorial, pertinencia territorial, radicación preferente, coordinación y asociatividad, responsabilidad fiscal y prohibición de tutela.	**Artículo 37.** 3. Es un deber de todos los habitantes de la República proteger el medio ambiente, considerando las generaciones futuras, y prevenir la generación de daño ambiental. En caso de que se produzca, serán responsables del daño que causen, contribuyendo a su reparación en conformidad con la ley. **Artículo 126.** 1. El territorio de la República se organiza en regiones, provincias, comunas y territorios especiales. 2. Esta organización tendrá como objetivo la integración armónica, la sustentabilidad y el desarrollo del país, y observará los principios de solidaridad y equidad territorial, pertinencia territorial, radicación preferente, coordinación y asociatividad, responsabilidad fiscal, sostenibilidad fiscal y prohibición de tutela, sin perjuicio del deber del Estado de garantizar la continuidad de los servicios, así como de dictar orientaciones nacionales desde el nivel central, en conformidad con lo establecido en esta Constitución.

Artículo 124. El Estado promoverá la integración armónica y el desarrollo sostenible entre los diversos gobiernos regionales y locales. La ley establecerá mecanismos de solidaridad y equidad entre estos, atendiendo las circunstancias que dan cuenta de las especiales características de algunas zonas del territorio nacional.	**Artículo 127.** **1.** El Estado promoverá la integración armónica, la sustentabilidad y el desarrollo entre los diversos niveles regionales y locales. La ley establecerá mecanismos de solidaridad, equidad y coordinación entre estos, atendiendo las circunstancias que dan cuenta de las especiales características de algunas zonas del territorio nacional.
Artículo 135. **5.** Los gobiernos locales podrán establecer en el ámbito de las comunas o agrupación de comunas, de conformidad con la ley institucional respectiva, territorios denominados unidades vecinales, con el objeto de propender a un desarrollo sostenible, equilibrado y a una adecuada canalización de la participación ciudadana.	**Artículo 137.** **6.** Los gobiernos locales podrán establecer en el ámbito de las comunas o agrupación de comunas, de conformidad con la ley institucional respectiva, territorios denominados unidades vecinales, con el objeto de propender a un desarrollo sostenible, equilibrado y a una adecuada canalización de la participación ciudadana.
Artículo 146. **1.** Las autoridades del gobierno nacional, regional y comunal son responsables de velar por el buen uso de los recursos públicos, respetando los principios de suficiencia, coordinación, equilibrio presupuestario, solidaridad y equidad territorial, sostenibilidad y eficiencia económica. La ley regulará los mecanismos para hacer efectiva la responsabilidad fiscal.	
CAPÍTULO XIII **PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, SOSTENIBILIDAD Y DESARROLLO**	**CAPÍTULO XVI** **PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, SUSTENTABILIDAD Y DESARROLLO**
Artículo 201. La protección del medio ambiente, la sostenibilidad y el desarrollo están orientados al pleno ejercicio de los derechos de las personas, así como al cuidado de la naturaleza y su biodiversidad, considerando a las actuales y futuras generaciones.	**Artículo 206.** La protección del medio ambiente, la sustentabilidad y el desarrollo están orientados al pleno ejercicio de los derechos de las personas, así como al cuidado de la naturaleza y su biodiversidad, considerando a las actuales y futuras generaciones.
Artículo 202. Las personas, las comunidades y el Estado deben proteger el medio ambiente. Este deber comprende la conservación, preservación, restauración y regeneración de las funciones y equilibrios de la naturaleza y su biodiversidad, según corresponda, de conformidad a la ley	**Artículo 207.** **1.** Es deber del Estado y las personas proteger el medio ambiente y promover la sustentabilidad. **2.** La protección del medio ambiente comprende la conservación del patrimonio ambiental y la preservación de la naturaleza y su biodiversidad, de conformidad con la ley. **3.** La sustentabilidad supone que el desarrollo económico requiere el mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras. **4.** En estas tareas el Estado promoverá la colaboración público-privada.
Artículo 203. La distribución de cargas y beneficios ambientales estará regida por criterios de equidad y participación ciudadana oportuna, de conformidad a la ley.	

	Artículo 208. La Constitución garantiza el derecho de acceso a la justicia, a la información y a la participación ciudadana en materias ambientales, de conformidad con la ley.
Artículo 204. El Estado debe fomentar el desarrollo sostenible, armónico y solidario del territorio nacional, instando a la colaboración privada en dicha tarea.	**Artículo 211.** El Estado fomentará el desarrollo armónico, solidario y sustentable del territorio nacional.
	Artículo 209. El Estado promoverá la educación ambiental, de conformidad con la ley
Artículo 205. El Estado promoverá las fuentes de energía renovable, así como también la reutilización y reciclaje de los residuos, de conformidad a la ley.	**Artículo 210.** Es deber del Estado la promoción de una matriz energética compatible con la protección del medio ambiente, la sustentabilidad y el desarrollo, así como de la gestión de los residuos, de conformidad con la ley.
Artículo 206. El Estado implementará medidas de mitigación y adaptación, de manera oportuna y justa, ante los efectos del cambio climático. Asimismo, promoverá la cooperación internacional para la consecución de estos objetivos.	**Artículo 212.** El Estado implementará medidas de mitigación y adaptación de manera oportuna, racional y justa, ante los efectos del cambio climático. Asimismo, promoverá la cooperación internacional para la consecución de estos objetivos.
Artículo 207. **1.** El Estado contará con instituciones administrativas y jurisdiccionales en materia ambiental, las que serán de carácter técnico. **2.** Los procedimientos de evaluación ambiental serán de carácter técnico y participativo, y asegurarán una decisión razonable y oportuna.	**Artículo 213.** **1.** El Estado contará con instituciones administrativas y jurisdiccionales en materia ambiental, las que serán de carácter técnico, según corresponda, y establecidas por ley. Sus actuaciones serán objetivas y oportunas y sus decisiones deberán ser, además, fundadas. **2.** Los procedimientos de evaluación ambiental serán de carácter técnico y participativo, emplearán criterios, requisitos, trámites y condiciones uniformes, y concluirán en decisiones oportunas e impugnables de conformidad con la ley.
	Sexagésima segunda En el plazo de dos años, contado desde la entrada en vigencia de esta Constitución, el Presidente de la República deberá presentar un proyecto de ley ante el Congreso Nacional para adecuar los procedimientos e instituciones ambientales a las exigencias y requisitos establecidos en el Capítulo XVI.

SISTEMA ESTATAL DE CONTROL DE ARMAS DE FUEGO EN CHILE: UNA REVISIÓN DESDE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Katerine Fuentes Lagos[1]

Resumen

El objetivo del presente trabajo es revisar las funciones y atribuciones de los distintos organismos que intervienen en el control de las armas de fuego en Chile. En esta línea, se plantea que, junto con el establecimiento de un régimen punitivo en materia de control de armas, es relevante caracterizar la relación que subyace entre la autoridad central de coordinación y los demás organismos intervinientes, pues en este ámbito se pueden explorar alternativas que mejoren el sistema de control de armas y disminuyan la desviación de armas de fuego inscritas para fines ilícitos. Para ello, se revisan los alcances y la forma en la que se materializa el principio de coordinación administrativa en este ámbito, cuál es el objetivo de la ley N° 17.798 y las alternativas regulatorias que han adoptado otros países para organizar a los intervinientes en el sistema de control de armas.

1. El punto de partida: situación nacional en materia de control de armas

En la comisión de delitos resulta frecuente identificar el uso de armas de fuego. Estos hechos delictivos, en muchos casos, han derivado en consecuencias fatales. Si bien es indudable que el fenómeno de la violencia y el crimen tienen múltiples causas, resulta innegable la relación que existe entre este y la disponibilidad de las armas de fuego, pues se identifican como elementos que agravan y facilitan la comisión de delitos[2]. Así, son innegables los impactos que tiene su uso en la vida

1 Abogada. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: katerine.fuenteslagos@outlook.es

2 Cukier, Wendy, "Small Arms and Light Weapons: A Public Health Approach", en The Brown Journal of World affaire, Volume IX, Spring, (Brown University's Watson Institute for International and Public Affairs), 2002.

de las personas: pérdidas de vidas, lesiones, menoscabo en la integridad psíquica, destrucción de comunidades, dificultades en el acceso a servicios básicos, entre muchos otros. Según la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, las armas de fuego contribuyen de manera decisiva en la violencia y, especialmente, en la comisión de homicidios, juegan un papel importante para el desarrollo del crimen organizado y agudizan los conflictos armados[3].

Según informes elaborados por diversos organismos del Estado, entre el año 2019 y 2020, los delitos con armas de fuego han aumentado en un 87% y, a propósito de los homicidios cometidos con armas de fuego, entre enero y abril de 2022, el 60% de las víctimas han fallecido producto del uso de un arma de fuego[4].

Si bien no se cuenta con información detallada respecto al mercado ilegal de las armas y su uso en la comisión de delitos, existen cifras que podrían vislumbrar parte de los problemas a los que se enfrenta el sistema estatal de control de armas. En este sentido, cifras aportadas por la Policía de Investigaciones (PDI), dan cuenta que, entre 2020 y mayo de 2022, del total de armas incautadas el 30% de ellas se encuentra legalmente inscritas[5]. De este hecho también da cuenta el "Acuerdo Nacional por la Seguridad", documento en el que se señaló que el 60% de las armas incautadas corresponden a armas inscritas[6].

Las cifras antes expuestas deben levantar una alerta a todos los organismos que intervienen en el sistema estatal de control de armas de fuego. En esta línea, resulta imperioso revisar cómo se configura y los aspectos en los que se pueden instaurar mejoras para entregar una respuesta a la ciudadanía frente a uno de los temas que mayor preocupación les genera: la seguridad pública.

Sobre este punto ya se ha referido la Contraloría General de la República (CGR). En el informe N° 899/2019 emitido por el órgano contralor, se identificaron una serie de deficiencias en el cumplimiento de las funciones que la ley N° 17.798, sobre Control de Armas (en adelante, "la Ley" o "ley N° 17.798"), le entrega a la Dirección General de Movilización Nacional (DGMN). Dentro de las conclusiones a las que arribó el órgano contralor, destacan, en primer lugar, que, de la totalidad de inscripciones vigentes al 31 de diciembre de 2018, se detectó que

3 Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Estudio Mundial sobre el Tráfico de Armas de Fuego 2020, (Naciones Unidas). p. 2. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/Firearms/Global_Study_Ex_Summary_es.pdf

4 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Plan para disminuir la circulación de armas y el poder de fuego del Crimen Organizado en territorio Nacional, p. 6. Disponible en: https://www.interior.gob.cl/media/2022/09/Doc_Menos_Armas.pdf.

5 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Op. Cit., p. 7

6 Ministerio del Interior y Seguridad Pública, Op, Cit., p. 37.

1.083 armas de fuego están inscritas por menores de edad y respecto de los cuales no existía antecedentes suficientes para acreditar que se encontraba en el supuesto de excepción que prevé la Ley[7]. Por otro lado, se identificaron 22.978 casos en los que las personas que cuentan con inscripciones vigentes tienen antecedentes penales; además, se constató que 1.714 personas no reúnen la idoneidad requerida para mantener armas de fuego a su nombre, toda vez que poseen antecedentes penales por violencia intrafamiliar[8]. Asimismo, se identificó que 10.677 armas se encuentran agrupadas bajo la denominación "RUT cero" en la plataforma de DGMN por no contar con antecedentes que permitan la identificación del tenedor y, además, se detectó que un total de 132.921 personas fallecidas figuran en los registros de la DGMN con inscripciones vigentes[9].

Una de las conclusiones que llama la atención de este informe guarda relación con el incumplimiento del rol de coordinación que la Ley entrega a la DGMN. En esta línea, el órgano contralor señala que la DGMN no realizó gestiones destinadas a la coordinación con las autoridades fiscalizadoras, con el objetivo de promover y asegurar que, en los casos de personas que tienen inscritas armas de fuegos hace más de 5 años, gestionen el trámite de la renovación de la acreditación. Así, se constató que, del total de los casos, un 56,73% no ha concretado el trámite necesario para ello[10].

La necesidad de mejorar el sistema estatal de control de armas también ha sido abordada por el mundo académico. Así, se ha indicado que, a propósito de los porcentajes de armas incautadas y que se encuentran inscritas, la fiscalización adolece de dos principales defectos: el control administrativo es insuficiente, pues no tiene la capacidad que se requiere para llevar adelante esta tarea; y, además, es ineficiente porque es aleatorio y sin dirección[11].

En este contexto se sitúa el objeto de este trabajo. Junto con el establecimiento de un régimen punitivo en materia de control de armas, también resulta relevante revisar con detención las funciones y atribuciones de las entidades que interactúan

7 De conformidad al artículo 5 A letra a) de la Ley establece que se exceptúan del cumplimiento del requisito, los deportistas debidamente autorizados por sus representantes legales, para el solo efecto del desarrollo de dicha actividad.

8 Contraloría General de la República, *Informe Final N° 899, de 2019, sobre auditoría al proceso de inscripción, custodia y destrucción de armas, en la Dirección General de Movilización Nacional*, p. 46.

9 Contraloría General de la República, Op. Cit., p. 46.

10 Contraloría General de la República, Op. Cit., p. 47.

11 Rosas, Patricio, "Desde los reflejos de la violencia armadas y rumbo al control y persecución de las armas de fuego: hacia una experiencia replicable desde la investigación y el análisis criminal en la zona sur de Santiago", en Revista Jurídica del Ministerio Público, N°74, (Ministerio Público de Chile), 2018, p. 210.

con las y los usuarios de la Ley. Esta revisión supone revisar la organización administrativa de los órganos que componen el sistema estatal de control de armas y, con especial énfasis, las características del vínculo de coordinación que existe entre la DGMN y las entidades que desarrollan funciones fiscalizadoras[12].

A partir de esta revisión, se espera vislumbrar si la configuración actual responde a la necesidad de detener la circulación de armas de fuego inscritas o si, por el contrario, es necesario revisarlo y reformularlo. En otras palabras, se espera revisar si el rol de coordinación que se le otorga a la DGMN resulta suficiente para los desafíos actuales que se enfrentan en materia de control de armas.

2. ¿Cómo se controlan las armas de fuego en Chile?

En nuestro país ninguna persona, natural o jurídica, podrá poseer o tener armas de fuego, ni transportar, distribuir, celebrar contratos o convenciones, sin la autorización de la autoridad competente conforme al procedimiento que establece el ordenamiento jurídico[13]. En otras palabras, por regla general, las actividades que involucran a las armas de fuego se encuentran sujetas al control del Estado.

Los principales cuerpos normativos que regulan la adquisición, tenencia y porte de armas de fuego son la Constitución Política de la República; el Código Penal; la ley N° 17.798, sobre Control de Armas[14] (en adelante, "la Ley" o "ley N° 17.798") y el decreto supremo N° 83, de 2008, que aprueba el Reglamento Complementario de la ley N° 17.798, sobre Control de armas y Elementos Similares (en adelante, "Reglamento" o "Reglamento Complementario). En este marco normativo se puede identificar, por una parte, un régimen punitivo que tipifica una serie de conductas ilícitas y, por otra, la configuración de un aparataje estatal destinado a controlar las armas de fuego y las autorizaciones para su elaboración, distribución, transporte, comercialización, porte y tenencia.

12 Este trabajo se enfocará, principalmente, en la revisión de las características del vínculo de coordinación de la DGMN y las entidades que ejercen funciones de fiscalización (autoridades fiscalizadoras y otros funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública) en materia de porte o tenencia de armas de fuego. Ahora bien, este vínculo no sólo se extiende a dichas operaciones, sino que también alcanza a la comercialización, exportación, importación, reparación, entre otros.
Asimismo, en el sistema estatal de control de armas también se genera un vínculo de coordinación con las autoridades asesoras previstas en la legislación, pero sobre él no se detendrá este trabajo.

13 Sobre este punto, se debe precisar que la autorización de inscripción es sólo respecto de aquellas armas de fuego que no clasifican dentro de los elementos prohibidos por el respectivo reglamento.

14 El texto de la ley N° 17.798, se refunde, coordina y sistematiza en el en el decreto supremo N° 400, de 1977, del Ministerio de Defensa Nacional.

En esta ocasión, el análisis no se centrará en la revisión del régimen punitivo que establecen los cuerpos normativos antes citados, sino que se detendrá en la revisión de la configuración orgánica y funcional de los órganos que intervienen en el control de las armas de fuego. Específicamente, se espera revisar la forma en la que estos órganos interactúan, el objetivo que persigue el sistema estatal de control de armas de fuego y vislumbrar si su formulación resulta suficiente para enfrentar los desafíos actuales en materia de seguridad pública.

2.1 Órganos que intervienen en el sistema estatal de control de armas de fuego

La configuración orgánica del sistema estatal del control de armas se regula tanto a nivel legal como reglamentario. Por una parte, la ley N° 17.798 consagra, en términos generales, las atribuciones y funciones de los órganos que intervienen en los distintos ámbitos del control de las armas de fuego; los procedimientos administrativos que rigen su actuación; la forma en que las instituciones interactúan entre sí para efectos del cumplimiento de los mandatos de la Ley; y la relación que se establece entre dichos organismos y los usuarios de la Ley. Por otro lado, a nivel reglamentario, el Reglamento Complementario precisa los temas antes enumerados y el rol que juega cada una de las instituciones que intervienen en esta materia.

(1) A partir de los cuerpos normativos citados, las instituciones que configuran el control de las armas de fuego en nuestro país son:

El Ministerio de Defensa, a través de la DGMN, está a cargo de la supervigilancia y el control de las armas, explosivos, fuegos artificiales y artículos pirotécnicos y otros elementos similares de que trata la ley. Para efectuar dicha función actúa como autoridad central de coordinación a nivel nacional y, en el ejercicio de dicho rol, imparte instrucciones a las autoridades fiscalizadoras y asesoras para el adecuado cumplimiento de la Ley.

(2) Las Comandancias de Guarnición de las Fuerzas Armas y las Autoridades de Carabineros de Chile de mayor jerarquía en el área jurisdiccional se desempeñarán como autoridades ejecutoras y contraloras de la Ley. Estas son designadas por el Ministro de Defensa, a proposición de la DGMN, entidad de la que dependerán directamente para el cumplimiento de las funciones que entrega la Ley y su Reglamento. Para tales efectos, se les denomina autoridades fiscalizadoras.

Respecto a la organización de las autoridades fiscalizadoras, el Capítulo II del Título Segundo del Reglamento establece que estas podrán ser de carácter regional o local y tendrán destinada un área jurisdiccional de control específica. Entre

la autoridad de fiscalización regional y local existe un vínculo de supervigilancia, control y apoyo, sin perjuicio de que ambas se encuentran bajo el alero de la DGMN.

(3) Cualquier funcionario de las Fuerzas de Orden y Seguridad para verificar el cumplimiento de los supuestos regulados en los incisos 3°[15] y 7°[16] del artículo 5° de la Ley. A partir de las modificaciones que introdujo la ley N° 21.412, se precisó que, además de las autoridades fiscalizadoras, los funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública deberán verificar el cumplimiento de estas hipótesis.

(4) Las autoridades asesoras que correspondan al Instituto de Investigaciones y Control del Ejército (IDIC), en su calidad de Banco de Pruebas de Chile (BPCh), y a otros servicios especializados de las Fuerzas Armadas que fueren requeridos por el Director General de DGMN, a través del Ministerio de Defensa Nacional. En términos generales, las autoridades asesoras prestan asesoría técnica especializada a la DGMN o las autoridades fiscalizadoras en los casos que se requiera.

2.2 La relación entre las instituciones que integran el sistema estatal de control de armas

La Ley y su Reglamento establecen el rol que desarrolla la autoridad central de coordinación respecto de las autoridades fiscalizadoras y asesoras en el sistema estatal de control de armas. En otras palabras, el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de la DGMN, se encuentra en la cúspide del entramado de instituciones que intervienen en este sistema.

Una caracterización del vínculo que tiene la autoridad central requiere de un análisis sistemático de las funciones y atribuciones que le cabe tanto a la DGMN como a las autoridades fiscalizadoras y asesoras. A partir de esta sistematización, se podrá visualizar con mayor claridad la estructura orgánica del sistema estatal de control de armas de fuego y, a continuación, evaluar las alternativas de mejora

15 El inciso 3° del artículo 5° de la Ley se refiere a la fiscalización del lugar en el que se encuentra el arma autorizada. En este sentido, la ley indica que las armas se deberán mantener en el bien raíz declarado como residencia, sitio de trabajo o el lugar que pretende proteger por parte del poseedor o tenedor. Asimismo, agrega que todo cambio del lugar autorizado deberá ser comunicado por el poseedor o tenedor de un arma inscrita a la autoridad fiscalizadora correspondiente.

16 El inciso 7° del artículo 5° de la Ley regula la hipótesis de fiscalización de almacenes y depósitos e instalaciones destinadas a la fabricación, armaduría, reparación o pruebas; polígonos o canchas de tiro o prueba, y de organizaciones deportivas. Específicamente, se establece que respecto dichos recintos se podrán fiscalizar, sin previo aviso, las armas, municiones y demás elementos sujetos a control; el uso de ellas; sus permisos de transporte y padrones; las inscripciones y autorizaciones que correspondan; las nóminas de socios, instructores y alumnos, y verificar que los socios realicen las actividades deportivas efectivamente autorizadas. Además, precisa que dicha diligencia se podrá realizar tanto en el horario de funcionamiento del recinto como en cualquier día u horario para efectos de fiscalizar el cumplimiento de las medidas de seguridad establecidas en la ley y en el reglamento.

regulatoria que permitan responder a las necesidades actuales en esta materia.

Este trabajo se centrará, específicamente, en la revisión del vínculo entre la DGMN y las autoridades que desarrollan acciones de fiscalización - autoridades fiscalizadoras y otros funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública - con el objetivo de vislumbrar cómo se concreta en este ámbito el principio de coordinación administrativa. Si bien en esta oportunidad no se realizará un análisis acabado de los alcances de este principio, resulta necesario revisar algunos aspectos generales que permite comprender su expresión en el sistema estatal de control de armas.

A. Rol coordinador de la autoridad central ¿una manifestación del principio de coordinación administrativa?

La coordinación es un principio elemental de la organización de la Administración del Estado. Dicho principio se recoge, de forma expresa, en el artículo 5° de la ley N° 18.575, orgánica constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado (en adelante, "Ley de Bases"), la cual establece que "los órganos de la Administración del Estado deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de sus funciones". Para comprender de manera más precisa los alcances de la consagración legal de este principio, se debe, además, considerar la jurisprudencia administrativa de la CGR, entidad que ha señalado que este principio general es un deber para los órganos de la administración, por lo que su cumplimiento es una exigencia que puede ser controlada y dar lugar a responsabilidad administrativa cuando ello corresponda[17].

La doctrina ha señalado que la noción de coordinación, tal como ocurre con otros conceptos jurídicos referidos a la organización administrativa, es amplio y complejo de precisar, por lo que no es posible identificar una acepción única[18]. Ahora bien, en términos generales, se podría entender el principio de coordinación como el principio de la organización administrativa del Estado por medio cual se busca que las interacciones de sus integrantes sean uniformes, evitando las confusiones y contradicciones que, de materializarse, impedirían u obstaculizarían el funcionamiento de la Administración del Estado[19].

17 Dictámenes N° 35.008, de 1997; 91.166, de 2014; 19.524, de 2017; 26.955 de 2018; y E35073, de 2020.

18 Sánchez, Miguel, "La coordinación administrativa como concepto jurídico", en Documentación Administrativa 230-231, (Instituto Nacional de Administración Pública), 1992, p. 11.

19 Cordero, Eduardo, "El derecho urbanístico: los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos", en Revista de Derecho, 29, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,

A propósito de las categorías de principios administrativos que formula la doctrina, se ubica al principio de coordinación como parte de los principios técnicos que rigen la actuación de los órganos de la Administración del Estado. Así, se ubica a este principio junto con los de eficiencia, eficacia, unidad de acción y optimización en el uso de los medios, todos ellos orientados a que los entes administrativos satisfagan de manera adecuada las necesidades de las personas[20].

Para efectos del análisis que se espera desarrollar, resulta importante destacar la relación que existe entre el principio de coordinación y el de unidad de acción, relación que se identifica de manera expresa en la propia Ley de Bases. Su relevancia radica en que se exige a los organismos que actúan de forma coetánea que entreguen una solución consistente para atender a una necesidad pública. Sobre el vínculo sometido a análisis, la CGR ha señalado que corresponde a la DGMN velar por la unidad de acción de las autoridades fiscalizadoras, para lo cual el legislador consagra un vínculo de coordinación y apoyo entre ellas y no una relación de jerarquía. Asimismo, como autoridad central de coordinación, debe supervigilar la labor de las autoridades fiscalizadoras, estando facultada para representarles cualquier situación ilegal e impartirles instrucciones para el adecuado cumplimiento de la Ley[21].

Ahora bien, la revisión del rol de coordinación de la DGMN también debe tener a la vista que este se establece en virtud de una norma legal expresa y no sólo como resultado de una expresión del principio general de coordinación de la Administración del Estado. Esta distinción es relevante ya que existen diferencias en la intensidad de las relaciones correlativas que se establecen a los órganos de la Administración del Estado involucrados. De esta manera, la doctrina nacional ha seguido la distinción entre coordinación forzosa o en sentido estricto y la cooperación o coordinación voluntaria.

En esta línea, la coordinación forzosa o en sentido estricto se refiere al cumplimiento de las decisiones y acuerdos que adopte un órgano de la Administración del Estado por parte de otros organismos, condicionando el ejercicio de sus propias competencias[22]. En esta línea, comprende un poder directivo de la

Facultad de Derecho), 2007, p. 283.

20 Caldera, Hugo, "Principios funcionales y técnicos de los órganos públicos que integran la administración del Estado", en Revista de Derecho Público, N° 41/42, (Universidad de Chile, Facultad de Derecho), 1987, p. 166.

21 Dictamen N° E188148 de 2022.

22 Cordero, Eduardo, "El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos", en Revista de Derecho, N° XXIX, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho), 2007, p. 283.

Administración coordinante, ubicándola – en este sentido – en una posición de supremacía[23]. En cambio, la noción de cooperación o coordinación voluntaria implica que los órganos de la administración orientan su conducta con el objeto de facilitar las actuaciones de los demás, o para desarrollar acciones conjuntas y voluntarias para la persecución del interés común[24].

Si se revisa la configuración legal del rol coordinador de la DGM respecto de las autoridades fiscalizadoras, se puede observar que tanto la Ley como su Reglamento desarrollan una serie de relaciones correlativas entre los intervinientes. Estas relaciones dan cuenta de la supremacía de la DGMN, pues los demás órganos involucrados deben sujetar su actuar a las directrices que la autoridad central emita. Esta fórmula espera que el sistema de control de armas sea consistente en los criterios y decisiones que adopta, pues se espera que responda a una finalidad común, sin duplicidad de labores y con apego a las atribuciones que se otorgan a cada uno de los intervinientes.

Ahora bien, esta posición de superioridad no se debe confundir con una relación de jerarquía, ya que no necesariamente subyace un vínculo de esta naturaleza. En este sentido, ya sea en como principio o como norma expresa, la coordinación de la organización administrativa exige que los órganos actúen siempre dentro de sus competencias[25], no puede suponer la sustitución de los coordinados por el órgano coordinador[26] y no puede constituir una afectación a la independencia con la que los organismos administrativos ejecutan sus atribuciones[27].

De conformidad a la Ley, la DGMN debe ejercer sus atribuciones en armonía con aquellas que le corresponde ejercer al Ministerio del Interior y Seguridad Pública en materia de mantención del orden público y seguridad pública; al procesamiento y tratamiento de datos; y a la coordinación y fomento de medidas de prevención y control de la violencia relacionada con el uso de las armas. Este mandato añade un elemento de suma importancia, pues las atribuciones de Carabineros de Chile se encuentran en constante crecimiento con el fin de enfrentar los problemas en materia de seguridad pública, pero en materia de fiscalización de las armas de fuego deberá responder a los lineamientos de la DGMN.

23 Cordero, Eduardo, Op. Cit.

24 Cordero, Eduardo, Op. Cit.

25 Dictámenes N° 26.995, de 2018, y E35073, de 2020.

26 Dictamen N° 3.940, de 1991.

27 Oficio N° 51.860, de 2003.

En atención a lo revisado, cabe preguntarse ¿cuál es el alcance del rol coordinador de la DGMN para el cumplimiento de lo ordenado por la Ley? ¿Cómo dicho rol se articula con las facultades del Ministerio del Interior y Seguridad Pública en materia de seguridad y orden público? ¿La configuración orgánica y funcional del control de las armas permite el desarrollo de un actuar uniforme, eficiente y eficaz por parte de los organismos que lo componen?

B. Análisis de las funciones de la DGMN y las entidades que ejercen funciones fiscalizadoras respecto al control de las armas de fuego

La búsqueda de una solución a los problemas de seguridad pública que enfrenta el país debe, necesariamente, revisar la forma en la que se configuran las funciones y atribuciones de los órganos involucrados, ya que es plausible implementar modificaciones normativas destinadas a mejorar los indicadores en materia de control de armas y criminalidad. Si bien el combate del crimen puede adoptar diferentes formas, resulta interesante plantear qué se puede realizar desde el punto de vista de los órganos que intervienen y controlan la circulación de armas de fuego en nuestro país.

Como punto de partida, se puede distinguir los siguientes hitos en el sistema de control de las armas: la inscripción y registro de las armas de fuego, y su correspondiente fiscalización. A continuación, se revisa en términos generales, cómo se regula cada uno de estos momentos y cómo se configuran las relaciones correlativas que materializan el rol de coordinación de la DGMN.

(i) Autorizaciones en el sistema estatal de control de las armas de fuego

Las actividades que involucran a las armas de fuego - posesión, tenencia, transporte, distribución y comercialización[28] - requieren de la autorización de la autoridad competente. Al revisar con detención lo establecido en el Reglamento, en materia de autorizaciones, interviene tanto la DGMN como las autoridades fiscalizadoras. En este contexto, es posible identificar casos en los que interviene la DGM o la autoridad fiscalizadora de manera exclusiva y otros supuestos en que la autoridad central actúa por intermedio de los demás integrantes del sistema estatal de control de armas.

Al revisar las atribuciones que se entregan en esta materia, la DGMN interviene como eslabón necesario en casos de mayor connotación, tales como la solicitud

28 El presente trabajo no se detendrá en la regulación de estas actividades por su impacto en la circulación de las armas de fuego, de acuerdo a las cifras planteadas al inicio de este trabajo. Por tanto, se debe observar que se excluyen de la revisión la regulación relativa a la elaboración, reparación, comodato, almacenamiento y arrendamiento de armas de fuego.

de autorización de inscripción de un arma de fuego por parte de una persona condenada por un delito que no merezca pena aflictiva. En este caso, la autoridad fiscalizadora remitirá los antecedentes a la DGMN, la cual informará al Subsecretario correspondiente para su resolución. Asimismo, actúa de manera exclusiva en el otorgamiento de inscripciones de hasta dos armas de fuego, específicamente inscritas para fines de defensa personal, seguridad y protección, caza, deporte, colección u otro que autorice.

Otro ejemplo de intervención exclusiva de la DGMN se identifica en el desarrollo de actividades de comercio exterior. En este caso, la solicitud se deberá presentar directamente, o, por medio de las autoridades fiscalizadoras, a la DGMN. Es decir, la DGMN resuelve la autorización de importación, internación (definitiva o provisoria) y exportación de armas de fuego en el país. Ahora bien, la autoridad fiscalizadora en esta materia se encarga, principalmente, por velar de que el proceso de ingreso o de salida de armas de fuego se realice bajo condiciones seguras.

Un supuesto en el que la actuación de la DGMN y autoridades fiscalizadoras se concatena en vías de otorgar una autorización se identifica en el caso del comercio, importación, exportación, consumo habitual, armado, transformación y reparación de armas de fuego. Así, de conformidad al Reglamento, para el desarrollo de estas actividades se requiere de una inscripción previa en el respectivo registro. En el proceso para obtener dicha inscripción, corresponde a la autoridad fiscalizadora recibir la solicitud, corroborar el cumplimiento de los requisitos que ordena la ley y emitir un informe de conformidad con la solicitud dirigido a la DGMN con el objetivo de que esta última resuelva. En otras palabras, intervienen de manera sucesiva en el proceso de inscripción.

Ahora bien, tras la inscripción en el registro respectivo, el Reglamento determina que, en el caso de desarrollar actividades propias[29] del comercio interno interviene de manera directa y exclusiva la autoridad fiscalizadora. Así, le corresponde otorgar la autorización de compra y, en caso de incumplimiento, dictar la resolución que suspenda, condicione o limite la autorización otorgada. Además, deberá informar mensualmente a la DGMN de la comercialización de las armas de fuego, mediante el Informe Mensual de Movimiento Comercial.

Respecto a la inscripción, actualización, posesión y tenencia de armas de fuego, el reglamento establece tanto la intervención de la DGMN y de las autoridades fiscalizadoras, con espacios limitados de intervención exclusiva de la autoridad

29 Se entiende por actividades propias la venta, compra, enajenación, adquisición, arrendamiento, préstamo, prenda, depósito o cualquier otra convención.

central. Así, por ejemplo, a propósito de la inscripción, esta se podrá realizar tanto ante las autoridades fiscalizadoras como la DGMN, pero cuando la solicitud de refiera a la tenencia adquisición e inscripción de dos armas de fuego será la DGMN la encargada de su resolución[30].

Asimismo, la cancelación de inscripción de las armas de fuego corresponde de manera exclusiva a la DGMN. En este sentido, la autoridad fiscalizadora informará en los casos que tome conocimiento del incumplimiento de alguno de los requisitos necesarios para la inscripción de armas de fuego, o de la falta de acreditación de las aptitudes de conocimientos en caso de renovación, con el objetivo de que la autoridad central disponga la cancelación de esta.

Ahora bien, también es posible identificar supuestos en los que la intervención se realiza de manera exclusiva por la autoridad fiscalizadora. Este es el caso de la actualización de los datos de la inscripción, la cual se puede realizar ante cualquier autoridad fiscalizadora sin necesidad de que intervenga la DGMN en ello. Otro ejemplo se puede encontrar en la regulación de la transferencia de armas inscritas por fallecimiento del poseedor o tenedor, heredero o la persona que tenga la custodia sobre esta, pues se debe informar a la autoridad fiscalizadora del hecho, individualizar a la persona que tendrá su posesión provisoria y transferir el arma de fuego a su nuevo tenedor.

(ii) Fiscalización de las armas de fuego

En materia de fiscalización, esta actividad se radica de manera exclusiva en las autoridades fiscalizadoras y, a partir de la modificación introducida por la ley N° 21.412, se incorpora a otros funcionarios de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, pero acotando su intervención a supuestos específicos, por lo que se excluyen de la noción de autoridad fiscalizadora en los términos establecidos en la Ley.

El instrumento que coordina el desarrollo de la fiscalización se denomina Plan Anual de Fiscalización de Armas de Fuego, consagrado en el Título V de la Ley. En virtud de este plan, la DGMN, en conjunto con las autoridades fiscalizadoras y las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, deberán elaborar y proponer anualmente un plan de fiscalización de las armas de fuego. Este plan definirá la coordinación de la acción fiscalizadora que despliegan los funcionarios competentes y su distribución territorial, a partir de los registros de inscripción; transferencias; hurtos; robos, pérdidas, extravíos y abandonos; fallecimientos; resultados de fiscalizaciones previas y sanciones imputadas; los informes de ingreso de armas al país; las

30 En estos supuestos caben las autorizaciones a personas naturales y jurídicas por motivos calificados y, además, el uso de armas de fuego para el uso de vigilantes privados.

cifras de delitos cometidos con armas de fuego; y cualquier otra información de utilidad de la que disponga la DGMN o los organismos públicos.

Por otro lado, la Ley y el Reglamento establecen las características y requisitos que deberán cumplir los organismos competentes en la materia. De esta manera, en primer lugar, corresponderá a la autoridad fiscalizadora o a cualquier funcionario de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, Carabineros de Chile y Policía de Investigaciones, fiscalizar que el arma de fuego inscrita se mantenga en la residencia, sitio de trabajo o lugar que se pretende proteger. Además, se establecen los horarios y condiciones en las que se debe desarrollar la actuación de estos funcionarios.

En el caso de almacenes y depósitos e instalaciones destinadas a la fabricación, armaduría, reparación o prueba; polígonos o canchas de tiro o prueba; y de organizaciones deportivas reguladas por la Ley, se podrá fiscalizar las armas y municiones, específicamente, su uso; permisos de transporte; inscripciones; nóminas de socios, instructores y alumnos; y verificar que los socios realizan actividades deportivas autorizadas.

(iii) ¿Qué caracteriza la relación de coordinación entre la DGMN y las autoridades que ejercen funciones de fiscalización?

De la revisión de las interacciones específicas que se establecen entre la DGMN y las autoridades que ejercen funciones de fiscalización, se pueden observar una serie de ejemplos que dan cuenta de la coordinación que debe existir entre ambas y las obligaciones que se deben cumplir en esta materia. Así, en distintos supuestos se establece la obligación de informar sobre el desarrollo de determinadas actuaciones (por ejemplo, el envío del Informe Mensual de Movimiento Comercial); supuestos en los debe emitir informes de conformidad para la resolución de solicitudes de los usuarios de la Ley por parte de la DGMN; y, de manera expresa, resolver los problemas planteados por las autoridades fiscalizadoras en las materias que establezca la Ley y el Reglamento.

Asimismo, la Ley prevé un instrumento que aúna y coordina los esfuerzos en materia de control de armas de fuego. De esta manera, se prevé la elaboración anual de un plan que, de todas formas, reforzará la coordinación entre los órganos que intervienen y se encamina para el cumplimiento de los principios generales que rigen la actuación de los órganos de la Administración del Estado, esto es, eficiencia, eficacia, unidad de acción y optimización en el uso de los medios, todos ellos orientados a disminuir la circulación de armas de fuego ilegales y disminuir la comisión de delitos que las involucren.

La claridad que se visualiza en materia de fiscalización no se identifica en estos términos a propósito de la regulación de las autorizaciones que establece la Ley y el Reglamento. Tal como se puede observar, en variados supuestos tanto la DGMN como las autoridades fiscalizadoras tienen similares competencias y atribuciones, las que pueden generar complicaciones en la consecución de un actuar eficiente, eficaz y conforme al vínculo de coordinación que consagra la Ley. Ahora bien, no se debe desconocer que la Ley y el Reglamento entregan los supuestos más complejos de análisis a la DGMN, lo cual es acorde con las capacidades técnicas que dicha institución posee.

Por último, este análisis debe tener a la vista las modificaciones que introduce la ley N° 21.412, pues se establece un sistema de trazabilidad y de huella balística limpia, lo que permite desincentivar la adquisición de armas de fuego en el comercio regulado para ser desviadas o facilitadas a un tercero que la utilice con fines ilícitos. Desde un punto de vista de la persecución penal, esto permitirá cotejar la huella balística y rastrear el origen del arma. Esta innovación de la Ley requiere, necesariamente, de la coordinación entre la DGMN y la autoridad a cargo de su administración para su éxito.

Del análisis desarrollado en este acápite se puede concluir que, a propósito de la interacción entre la DGMN y las autoridades que ejercen funciones de fiscalización, es posible identificar una serie de mecanismos destinados a materializar el rol de coordinación de la autoridad central y, además, que configuran el vínculo de superioridad de esta respecto de del funcionamiento del sistema. Tal como se revisó, las autorizaciones en el sistema de control de armas se pueden entregar por una u otra institución, mientras que la fiscalización excluye a la DGMN, pero cabe preguntarse ¿este es el arreglo institucional más acertado para la consecución del objetivo que persigue el sistema estatal de control?

3. ¿Qué protege el sistema estatal de control de armas vigente?

La respuesta a la pregunta planteada en el acápite anterior requiere una revisión de qué es lo que se espera resguardar por medio del sistema de control de armas. En esta línea, resulta de interés identificar el objeto jurídico protegido por la Ley, ya que este análisis permite, a su vez, realizar una reflexión respecto al arreglo institucional que resulta más adecuado para su protección. Asimismo, la identificación del bien jurídico protegido también permitirá esclarecer cuál es el objetivo de la regulación.

En su origen, dicha Ley tuvo por objeto proteger la seguridad del Estado, configurándose como una especie de protección del sistema político[31]. Sin embargo,

31 La Ley sobre Control de Armas fue dictada en 1972. Su dictación se da en un contexto de gran convulsión política y social. Así, frente a los constantes enfrentamientos entre grupos armados y del asesinato de per-

con el paso de los años lo anterior ha mutado y se ha estimado que la Ley sobre Control de las Armas, además, es una herramienta eficaz en el combate contra la delincuencia común[32].

Ahora bien, no existe una opinión unánime dentro de la doctrina penal chilena sobre el bien jurídico protegido por la Ley[33]. En este sentido, existe consenso en que lo protegido es un bien jurídico colectivo, pero no con exactitud de cuál se trata. En esta línea, se ha identificado a la seguridad, la seguridad colectiva, seguridad pública y el monopolio estatal en el control de las armas[34].

El objeto de protección que persiguió la Ley en su origen puede explicar el rol preponderante que se entregó a la DGMN. En este sentido, la seguridad de la nación está a cargo de las Fuerzas Armadas, por lo que alojar dentro de su organización el control de los elementos que pueden vulnerar dicho bien jurídico resulta coherente. Además, se debe considerar los conocimientos y las capacidades técnicas dentro de las Fuerzas Armadas - específicamente, el Ejército de Chile – quienes conocen la composición y el funcionamiento de las armas de fuego.

Ahora bien, la ampliación del bien jurídico protegido necesariamente implica la incorporación de otras entidades y el reforzamiento de sus facultades dentro del sistema de control de las armas de fuego. Lo anterior ha perfilado la actual configuración de las interacciones entre los órganos, pero ello ha derivado en algunas complicaciones para reconocer el ámbito de competencia de estas.

A partir de lo anterior cabe preguntarse ¿Es necesario precisar de mejor manera el ámbito de acción de cada una de las entidades para tutelar los bienes jurídicos que protege la Ley? O ¿es el momento de pensar en una agencia especializada que centralice todas las atribuciones y funciones en materia de control de las armas?

4. Alternativas para la regulación de las entidades intervinientes

Para contestar las preguntas planteadas en el acápite anterior se revisarán algunos modelos comparados en esta materia y el arreglo institucional que se utiliza en su sistema de control de armas. Con lo anterior a la vista, a continuación, se revisará - específicamente - la organización administrativa que recogen otros países

sonas de relevancia en la vida pública (señores René Schneider y Edmundo Pérez Zujovic), resultó necesario fortalecer la protección del sistema político frente a este tipo de ataques.

32 Villegas, Myrna, "La Ley N° 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N° 20.813", en Revista de Política Criminal, Vol. 14, N° 28, (Universidad de Talca), 2019, p. 4.

33 Villegas, Myrna, Op. Cit., p. 5.

34 Villegas, Myrna, Op. Cit., p. 5.

para regular el porte o tenencia de armas de fuego, excluyendo de la revisión la regulación de otras operaciones que se pueden desarrollar respecto de las armas (comercialización, importación, exportación, reparación, modificación, entre otros), pues excede a las pretensiones iniciales de este trabajo.

4.1 Colombia

La regulación del sistema de control de armas se encuentra, principalmente, en el decreto N° 2535, de 1993, por medio del cual se expiden normas sobre armas, municiones y explosivos. Este decreto, en materia de autorizaciones para el porte o tenencia de armas de fuego, entrega a la autoridad militar competente el poder discrecional para resolver las solicitudes en esta materia.

De esta manera, en el sistema colombiano existe claridad que todo aspecto relativo a las autorizaciones de inscripción, transferencia, actualización, suspensión o cancelación de permisos es competencia de la autoridad militar. Ahora bien, la doctrina ha identificado incompatibilidades en esta materia, ya que, mientras los gobiernos locales (alcaldes) son la primera autoridad de policía de los municipios y responsable del orden público, la suspensión o cancelación de permisos de porte o tenencia de armas se debe, en todos los casos, solicitar a las autoridades militar que, por su naturaleza, son del orden nacional[35].

La configuración de los órganos que intervienen en el caso colombiano presenta similitudes con Chile, toda vez que es posible identificar distintos niveles de intervención en la que participan actores determinados. Ahora bien, el sistema de control instaurado en Colombia reconoce de manera clara qué ámbito de acción le corresponde a la autoridad militar y a la autoridad policial, no existiendo dualidad o duplicidad en el tipo de solicitudes que se pueden evaluar en uno u otro caso. No obstante, pese a esta claridad, no establece un mandato expreso de coordinación entre los intervinientes, lo cual ha traído como consecuencia dificultades en la implementación de planes de control de armas de fuego.

4.2 Estados Unidos

A partir de la lectura de la Segunda Enmienda de la constitución estadounidense, se establece el derecho de las personas para poseer y portar armas para la autodefensa. En este marco, la normativa para la compra y tenencia de armas varía entre el nivel federal y estatal. Así, por ejemplo, la Ley Nacional de Armas de Fuego establece que la edad mínima para comprar armas largas – como escopetas

35 Aguirre, Katherine, Restrepo, Jorge, "El control de armas como estrategia de reducción de la violencia en Colombia: pertinencia, estado y desafíos". En Revista Criminalidad, Vol. 52, N°1, 2010, p. 279.

y rifles – es de 18 años, y para adquirir armas de grueso calibre es de 21 años. No obstante, a nivel federal, la regla anterior se ha flexibilizado y se ha disminuido la edad mínima a los 16 años.

En Estados Unidos no existe una autoridad central que otorgue permisos para la compra, porte o tenencia de armas de fuego. En la medida que se corrobore que la persona no cuenta con antecedentes penales o criminales, el sistema lo certificará y permitirá la compra. Esta regulación es completamente opuesta a la establecida en nuestro país, en la que sí se establecen requisitos más allá de la mayoría de edad y la ausencia de antecedentes penales para autorizar la inscripción de un arma de fuego. Asimismo, tal como se revisó, existen distintos órganos de la Administración del Estado que intervienen en este proceso.

4.3 Nueva Zelanda

Nueva Zelanda contaba con una de las regulaciones más flexibles en materia de acceso y comercialización de armas, pero tras el asesinato de 51 personas en dos mezquitas en el año 2019, se logró aprobar la ley que prohíbe la venta de las armas con mayor capacidad de destrucción y una serie de modificaciones a la regulación de las armas que restringió su acceso a la población civil.

Actualmente, la autoridad encargada de la regulación de las armas de fuego es la policía. En esta línea, le corresponde la autorización de la posesión o tenencia de armas y dar inicio al proceso de revocación de una licencia en caso de que se tome conocimiento de un incumplimiento de la regulación. La relación entre la policía y los usuarios de Ley de Armas se configuró como la prestación de un servicio coherente y eficaz a un grupo de "clientes" inscritos y autorizados para poseer armas de fuego. Ejemplo de lo anterior es la denominación que adoptó el grupo que busca implementar las modificaciones más recientes, el cual se denomina *Service Delivery Group*.

Esta forma de configurar la relación entre la policía y los destinatarios de la regulación tuvo como objetivo, por una parte, modernizar y mejorar la administración de la Ley de Armas y, por otro, mejorar la relación de la policía con las personas autorizadas a poseer armas de fuego[36]. Ahora bien, se ha constatado por parte de funcionarios policiales que esta comprensión genera una serie de problemas, pues el cumplimiento de la normativa no siempre podrá satisfacer las expectativas del cliente de la Ley de Armas[37].

36 Proposed change to Operating Model and Organizational Structure for Arms Act Service Delivery Group (AASDG).

37 Entrevista realizada al exdirector de la Dirección Nacional de Control de Armas, señor Roly Williams.

Por otra parte, los expertos en la materia también han cuestionado esta forma de entender el control de armas, ya sostienen que no se pueden extrapolar las dinámicas de transacción de bienes y servicio del mundo privado al sector público. Los organismos públicos tienen por objetivo satisfacer el interés general de las personas, el cual podría no coincidir con los intereses particulares de cada cliente[38].

El modelo descrito difiere completamente de la realidad nacional. En este sentido, si bien ambos sistemas controlan el acceso a las armas, la forma en la que se configura la organización administrativa y se comprende el vínculo de sus actores tiene importantes diferencias. Así, por una parte, se radica en la policía todos los asuntos relativos al control de las armas de fuego, por lo que no existe – al menos en materia de porte o tenencia de armas – una intervención de las fuerzas militares. Por otro lado, en lugar de consagrar un vínculo de sujeción estricta a sus decisiones, se plantea una relación con los usuarios de la Ley de Armas que deja abierta la posibilidad de negociar y de anteponer el interés particular al general.

De la revisión de las experiencias comparadas se pueden vislumbrar las fortalezas y debilidades de que adopta una determinada configuración institucional. En esta línea, la adopción de una u otra alternativa regulatoria responde a las características concretas y consecuencias que se han derivado de la circulación de armas de fuego en cada uno de estos países. En otras palabras, su organización ha derivado del objeto de protección que cada uno de estos países: seguridad pública, libertad o protección de la población civil frente a ataques terroristas.

5. Reflexiones y desafíos del sistema de control de armas chileno

A partir de la revisión del sistema estatal de control de armas, es posible plantear algunas reflexiones en torno a su configuración y cuáles son los desafíos de la Administración del Estado en esta materia.

5.1 ¿Cuál es el objetivo del sistema de control de armas?

Un elemento interesante de abordar guarda relación con esclarecer cuál es o son los objetivos que debe tener a la vista un sistema de control de armas. En primer lugar, resulta claro que nuestro país se aleja de la tendencia estadounidense de reconocer un derecho a poseer armas de fuego y en el que la presencia de control

En Swinton, Nathan, *A Turning Point for Firearms Regulation: Implications of Legislative and Operational reforms in the Wake of the Christchurch Shooting,* (Ian Axford), 2019, p. 31.

38 Alford, John, "Defining the Client in the Public Sector: A Social-Exchange Perspective", en Public Administration Review, Vol. 62, N°3, (American Society for Public Administration), 2002, pp. 337–46.

estatal es prácticamente nula.

En esta línea, uno de los objetivos que se persigue es controlar las armas que circulan en territorio nacional y asegurar que estas se destinen para los fines autorizados. En atención al contexto expuesto, resulta claro que actualmente existe una desviación del uso de las armas inscritas para la comisión de delitos, por lo que se deben aquellas brechas, contradicciones o lagunas en la regulación que podrían mejorar la situación expuesta.

Por otro lado, si se determina que la regulación debe prohibir, por completo, la tenencia de armas de fuego, se debe pensar en un arreglo institucional que permita identificar dicho incumplimiento de manera eficiente y eficaz. La resistencia a esta medida, en muchas ocasiones, esgrime como argumento que la tenencia de armas sólo se autoriza para la defensa personal, pero se ha demostrado – a nivel comparado – que no es posible afirmar que contar con un arma de fuego aumente la seguridad e, inclusive, se ha identificado que puede aumentar los riesgos[39].

5.2 Autoridad a cargo de realizar el control de las armas de fuego

Respecto al rol de coordinación que se entrega a la DGMN, es posible vislumbrar que existen ámbitos de competencia en los que no queda claro cómo se materializa esta, sobre todo en aquellas áreas en las que actúan de igual manera que la autoridad fiscalizadora. Este problema en la regulación de las competencias requiere de una revisión exhaustiva que asegure, en los hechos, que no existirán confusiones sobre las autorizaciones que debe otorgar uno u otro organismo.

En este orden de ideas, una alternativa es distinguir entre la autoridad que intervendrá en materia de armas de fuego y aquella que centralizará el control de todos aquellos elementos que, por su especificidad, requieren de un conocimiento técnico. De esta manera, se esclarece quién interviene y quién resuelve, mejorando la eficiencia de la intervención estatal en esta materia.

Por otro lado, la seguridad pública es parte central de las materias que aborda el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, por lo que – retomando la pregunta anterior – si el sistema de control de armas de fuego pretende observar quién posee las armas y cuál es su destino con el objeto de evitar su disposición para la comisión de delitos, debemos volver a formular la pregunta sobre el organismo debería estar a cargo del control de todas las acciones que involucren a las armas de fuego.

39 Véase: Bbc.com. David Hemenway, el profesor de Harvard que defiende que un arma no aumenta tu seguridad, 14 de noviembre de 2018. Disponible en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-46206760

5.3 Alternativas institucionales para el control de las armas

Sobre las alternativas en esta materia, en primer lugar, cabe evaluar si dentro de la Administración del Estado existe un lugar en el que pueden confluir todos los objetivos del sistema de control de las armas de fuego. Este análisis debe incluir una reflexión respecto a si la reordenación de las atribuciones y competencias de las entidades ya reguladas es suficiente o, por el contrario, se debe crear una agencia civil que controle las armas de fuego.

En esta línea, la cuenta pública presidencial del año 2022 anunció la creación de una agencia civil de control armado y el avance en la prohibición total de tenencia de armas de fuego[40]. Frente a este anuncio, expertos se manifestaron sobre su viabilidad e indicaron su optimismo con la medida anunciada. En esta línea, se sostuvo que la DGMN mantiene una visión en desuso en experiencias comparadas, ya que el registro de las armas de fuego se realiza desde una perspectiva de defensa nacional, contra un enemigo externo o interno[41].

Ahora bien, la iniciativa de crear una agencia especializada debe revisarse con suma detención, ya que supone una transformación radical de la forma en la que se comprende el sistema de control de armas en nuestro país. De esta manera, el estudio de sus impactos es primordial para concluir si esta es la alternativa que mejor recoge el objetivo de la Ley.

A modo de conclusión, el análisis presentado da cuenta que se debe recurrir a las categorías dogmáticas del derecho administrativo y la regulación general de los órganos de la Administración del Estado para revisar el sistema de control estatal de armas de fuego. Es menester analizar las funciones, atribuciones, procedimientos y orgánica de las instituciones que intervienen en el control de las armas de fuego y, desde dicha óptima, la institucionalidad responda a las expectativas y necesidades de las personas.

40 Véase: Cuenta Pública 2022. Disponible en: https://www.gob.cl/cuentapublica2022/

41 Eldesconcierto.cl, Prohibición total de armas en Chile: Expertos analizan si es viable la propuesta de Boric, 4 de junio de 2022. Disponible en: https://www.eldesconcierto.cl/reportajes/2022/06/04/prohibicion-total-de-armas-en-chile-expertos-analizan-si-es-viable-la-propuesta-de-boric.html.

PARTE 3. DERECHO AMBIENTAL

CORTE SUPREMA Y LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN SEDE AMBIENTAL

Emanuel Ibarra[1]

Resumen

Los programas de cumplimiento son una de las herramientas más usadas en los procedimientos administrativos sancionatorios que instruye la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). En el presente trabajo se revisan fallos recientes de la Corte Suprema, con el objetivo de analizar cómo aquellos pueden generar efectos en la aplicación y uso de este instrumento de incentivo al cumplimiento. Específicamente, se analiza el régimen recursivo y la posibilidad de presentar más de una versión del programa.

1. Introducción

El Mensaje Presidencial de la ley N° 20.417, es claro en indicar que "no puede haber reforma del Estado sin avanzar en la reforma de sus instituciones". En ese contexto, el mismo documento indica que uno de los pilares de la nueva normativa es "estructurar incentivos para promover las conductas deseadas".

Al respecto, al momento de crearse la SMA, se levantó como un principio rector de su funcionamiento el "incentivo al cumplimiento", toda vez que el mismo mensaje reconoce que "el éxito de un buen sistema de regulación ambiental se basa en incorporar incentivos adecuados para el cumplimiento de la legislación, considerando los factores asociados a su ciclo". Esa afirmación se estructura sobre una idea cierta; el fin principal de un organismo fiscalizador no es sancionar, sino que se cumpla con la normativa.

1 Abogado de la Pontificia Universidad Católica, magíster en derecho ambiental y evaluación de proyectos en la Universidad Finis Terrae. Socio de litigios y contencioso administrativo en Moreno, Sáez y Avilés, y ex Fiscal de la Superintendencia del Medio Ambiente. Académico de postgrado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y de la Universidad Finis Terrae.

En este escenario, el legislador creó tres instrumentos de incentivo al cumplimiento, a saber, la autodenuncia, el programa de cumplimiento y el plan de reparación.

El objeto del presente artículo es analizar recientes fallos de la Corte Suprema en relación al programa de cumplimiento, y los efectos que dichas decisiones generan en la aplicación y efectividad del instrumento.

2. Sobre los programas de cumplimiento (PDC)

De acuerdo al artículo 42 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente ("Losma"), el PDC es "el plan de acciones y metas presentado por el infractor, para que dentro de un plazo fijado por la Superintendencia, los responsables cumplan satisfactoriamente con la normativa ambiental que se indique" en la respectiva formulación de cargos.

Esta herramienta, como su definición lo indica, se estructura sobre la base de que el presunto infractor descarta la opción de defenderse de los incumplimientos que se le imputan y, por el contrario, ofrece un plan para hacerse cargos de ellos con el fin de retornar al cumplimiento.

Para que un PDC sea aprobado debe cumplir con tres requisitos que han sido definidos en el artículo 9 del Decreto Supremo N°30/2012 del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación ("Reglamento"). El primero de ellos es la *integridad*, el cual busca que "las acciones y metas deben hacerse cargo de todas y cada una de las infracciones en que se ha incurrido y de sus efectos". El segundo es la *eficacia* que busca que "las acciones y metas del programa deben asegurar el cumplimiento de la normativa infringida, así como contener y reducir o eliminar los efectos de los hechos que constituyen la infracción". Finalmente, se debe cumplir con el criterio de *verificabilidad* destinado a exigir que "las acciones y metas del programa de cumplimiento deben contemplar mecanismos que permitan acreditar su cumplimiento".

Además, quien lo presenta, no puede estar bajo un caso de "impedimento" de los señalados en el referido artículo 42. Esto significa que no pueden presentar PDC aquellos infractores que se hubiesen acogido a programas de gradualidad en el cumplimiento de la normativa ambiental[2]; hubiesen sido objeto con anterioridad de la aplicación de una sanción por parte de la Superintendencia por

2 Si bien se ha discutido el contenido del concepto de "programas de gradualidad", esto debería llevar consigo una presentación voluntaria del titular.

infracciones gravísimas; o hubiesen presentado, con anterioridad, un programa de cumplimiento, salvo que se hubiese tratado de infracciones leves[3]. A estos impedimentos se les aplica el plazo de prescripción de 3 años del artículo 37 de la Losma.

La relevancia de los PDC como un instrumento de incentivo al cumplimiento es indiscutible. La propia SMA señaló en su última Cuenta Pública[4] que "[l]os Programas de Cumplimiento (PdC) continúan siendo el principal instrumento de incentivo al cumplimiento", destacando que entre los años 2013 y 2023 (hasta el 31 de marzo del año 2023) se habían presentado un total de 1292 Programas de Cumplimiento, de los cuales 914 habían sido aprobados y 180 rechazados.

Si se analiza la estadística a la fecha de la redacción de este artículo[5], se han presentado un total de 1417 Programas de Cumplimiento, de los cuales 959 fueron aprobados, 207 rechazados, y 251 se encuentran en etapa de análisis.

Dicha importancia de los PDC ha sido relevada por todos los Tribunales Ambientales. En efecto, el Segundo Tribunal Ambiental en la sentencia dictada en la causa Rol R-112-2016 resolvió que "este instrumento se establece para proteger el medio ambiente, ya que el objetivo de su implementación es la corrección del incumplimiento normativo y de sus efectos de manera anticipada, sin tener que esperar la finalización del procedimiento administrativo sancionador y, eventualmente, una posterior etapa recursiva". Agrega la misma sentencia que "la aprobación de un programa de cumplimiento se traduce en beneficios para las partes, a la vez que debe resguardar un interés de orden público, a saber, la protección del medio ambiente (…)".

En esta misma lógica en la sentencia dictada en la causa Rol R-82-2015 indicó que "uno de los objetivos de la Ley N°20.417, fue modificar el énfasis esencialmente sancionatorio que existía con anterioridad a la reforma de la institucionalidad ambiental del año 2010, incorporando nuevos esquemas enfocados en la cooperación entre la Administración del Estado y los sujetos regulados, por razones de eficiencia y eficacia".

Por su parte, el Primer Tribunal Ambiental ha señalado que "no debe olvidarse que el Programa de Cumplimiento, como instrumento de incentivo al

3 Es decir, según el criterio de la SMA, el PDC procede siempre por infracciones leves. Además, si el primer PDC solo fue por infracciones leves, se podría perfectamente presentar un segundo programa por infracciones graves o incluso gravísimas, antes del plazo de 3 años aplicable.

4 La Cuenta Pública del año 2022 de la SMA. Disponible en: https://portal.sma.gob.cl/index.php/portal-ciudadano/participacion-ciudadana/cuentas-publicas/

5 Información disponible en: https://snifa.sma.gob.cl/Estadisticas/

cumplimiento, ha sido concebido por el legislador desde una óptica de protección del medio ambiente, para lo cual recurre al expediente de retorno al cumplimiento normativo"[6].

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tercer Tribunal Ambiental, al indicar que "la interpretación de las normas legales y administrativas que regulan los incentivos al cumplimiento debe siempre favorecer su procedencia, por cuanto son estos los instrumentos que satisfacen directamente los intereses generales previstos en las normas de protección ambiental que se estimen infringidas"[7].

La relevancia de esta herramienta ha sido confirmada hoy con la entrada en vigencia de los nuevos delitos ambientales. Al respecto, uno de los nuevos tipos penales es el que denomino "contaminación del contumaz", tipificado en el artículo 306 del Código Penal de la siguiente manera: "las penas señaladas en el inciso primero del artículo anterior serán aplicables al que, contando con autorización para verter, liberar o extraer cualquiera de las sustancias o elementos mencionados en los números 1 a 6 del artículo 305, incurra en cualquiera de los hechos allí previstos, contraviniendo una norma de emisión o de calidad ambiental, incumpliendo las medidas establecidas en un plan de prevención, de descontaminación o de manejo ambiental, incumpliendo una resolución de calificación ambiental, o cualquier condición asociada al otorgamiento de la autorización, y siempre que el infractor hubiere sido *sancionado administrativamente en, al menos, dos procedimientos sancionatorios distintos, por infracciones graves o gravísimas, dentro de los diez años anteriores al hecho punible y cometidas en relación con una misma unidad sometida a control de la autoridad*" (énfasis agregado). Es decir, penaliza al sujeto que incumpla con las obligaciones que establece un Instrumento de Carácter Ambiental (ICA), siempre y cuando haya tenido dos procedimientos sancionatorios previos y firmes que hayan aplicado sanciones por infracciones graves o gravísimas en un lapso de 10 años. Lo que nos indica la norma entonces, es que los sujetos pasivos del procedimiento administrativo sancionatorio evitarán a toda costa ser "sancionados" por la SMA por infracciones graves o gravísimas y, en ese escenario, el programa de cumplimiento adquiere una importancia trascendental, porque justamente aquél, en caso que se apruebe y se ejecute satisfactoriamente, implicará, según el artículo 42, que "el procedimiento administrativo se dará por concluido" sin la aplicación de sanciones, elemento basal del tipo penal. Por ello, es esperable que el uso del programa de cumplimiento lleve consigo un análisis estratégico en cuanto a la oportunidad de su uso, y a los casos en donde se utilizará (con cargos graves o gravísimos).

6 Primer Tribunal Ambiental, R-017-2019, 26-12-2019.

7 Tercer Tribunal Ambiental, R-12-2023, 12-09-2023, C° 38.

3. Corte Suprema y PDC

Sobre esta importante herramienta es importante destacar diversos fallos de la Corte Suprema en relación a dos materias específicas: (i) la posibilidad de la SMA de realizar observaciones al PDC presentado por los titulares; y, (ii) el régimen recursivo de las sentencias de los Tribunales Ambientales que se dictan en juicios sobre aprobación o rechazo de PDC.

3.1 Posibilidad de la SMA de hacer observaciones al PDC

La ley y el reglamento solo indican que el PDC debe presentarse en un plazo de 10 días hábiles, el cual se computa desde la notificación de la formulación de cargos. La práctica de la SMA ha ampliado ese plazo en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 19.880, por el máximo legal, es decir, por 5 días más, llegando a un total de 15 días hábiles.

Sin embargo, no existe una regla expresa sobre la posibilidad de la SMA de poder realizar observaciones a la presentación original de los titulares, o sobre si es posible solicitar más información o nuevos antecedentes para, luego, resolver sobre su aprobación o rechazo.

A pesar de ello, la realización de rondas de observaciones por parte de la SMA, que buscan mejorar la propuesta original, se ha transformado en una práctica necesaria a mi juicio. Ello considerando que en el plazo indicado (15 días hábiles), en casos de mediana o gran entidad (considerando los cargos formulados), es imposible contar con un PDC absolutamente listo para ser aprobado y ejecutado.

Si se revisan los PDC presentados a la fecha, ese plazo "insuficiente" no se debe a la falta de definición de las acciones, las cuales, los titulares, por regla general, las tienen bastante bien identificadas desde un origen, sino que por las exigencias que la jurisprudencia ha puesto al análisis de efectos negativos de las infracciones. Al respecto, desde las sentencias de los casos "Codelco Ventanas"[8] y "Minera La Florida"[9], cada sujeto que presente un PDC debe presentar un análisis de los efectos negativos de las infracciones para: (i) confirmarlos y ofrecer acciones para enfrentarlos; o, (ii) descartarlos con el respectivo fundamento técnico[10]. Lo anterior, como se verá, ha involucrado que gran parte de los esfuerzos de la institución y de los titulares estén enfocados en esa materia.

8 Segundo Tribunal Ambiental, R-132-2016, 20-10-2017.

9 Segundo Tribunal Ambiental, R-104-2016, 24-02-2017.

10 Segundo Tribunal Ambiental, sentencias roles R-170-2018, 29-04-2020; R-160-2017, 21-08-2018; R-132-2016, 20-10-2017; R-104-2006, 21-02-2017; R-353-2022, 02-11-2023.

En ese escenario, cumplir con el estándar indicado en el referido plazo, simplemente es imposible. Se requiere utilizar las observaciones para levantar la información necesaria para resolver.

A pesar de lo anterior, en recientes fallos de la Corte Suprema se ha querido limitar o impedir que la SMA realice observaciones al PDC. Ha resuelto que no corresponde que los titulares presenten nuevas versiones corregidas del mismo o, como se denominan por la SMA, "versiones refundidas".

Un primer pronunciamiento lo encontramos en el caso "Embotelladora Metropolitana"[11], y en la sentencia de la Corte Suprema dictada el 9 de septiembre de 2022. En dicho caso, se recurre de protección contra la mencionada empresa por diversos incumplimientos ambientales que estarían afectando al recurrente, asociados a los residuos industriales líquidos. Paralelamente, la SMA le había formulado cargos a la empresa por dichas materias, y se encontraba tramitando un PDC al efecto. En este caso, la Corte de Apelaciones de Talca rechazó el recurso de protección por no ser la vía idónea para resolver un asunto que se estaba ventilando en los procedimientos administrativos correspondientes. Sin embargo, la Corte Suprema decidió revocar el fallo. En primer lugar, reconoce que el caso está siendo tramitado por la SMA mediante un PDC. Sin embargo, señaló que el "programa de cumplimiento refundido" o "programa de cumplimiento consolidado" no existe. Es decir, la SMA en la tramitación del mismo, no puede hacer observaciones que terminen en nuevas versiones de un PDC. En efecto, indica expresamente que "el Plan de Cumplimiento Refundido o Consolidado no existe como acto trámite dentro del procedimiento administrativo sancionador incoado por la SMA". Agrega que "bajo el tenor literal de la normativa ya citada precedentemente, no es posible incorporar como etapa dentro de este proceso administrativo sancionador la presentación de un PDC Refundido, toda vez que excede el mandato del artículo 35 y 42 de la Ley N°19.300, y más aun vulnerando lo dispuesto en el artículo 7 de nuestra Carta Fundamental, al no estar contemplado la presentación de un Plan de Cumplimiento Refundido o Consolidado, dentro de esta clase de procedimiento". Con estos fundamentos, ordenó paralizar la actividad del proyecto y la pronta resolución del PDC en trámite a pesar de este criterio.

Es decir, la Corte Suprema en dicho fallo le cierra la puerta a que las propuestas de PDC sean corregidas o enmendadas por los titulares, según las observaciones que pueda tener la SMA. Por lo tanto, en el plazo indicado anteriormente, el titular

11 Corte Suprema, Rol 65.968-2021, 05-09-2022.

debe ser capaz de tener un programa completamente listo para ser aprobado o rechazado.

En un sentido similar, encontramos el fallo de la misma corte dictado en el caso "programa de cumplimiento SQM Salar"[12]. En aquel caso, la SMA aprobó un PDC y la resolución fue reclamada al Primer Tribunal Ambiental de Antofagasta. Paralelamente, fue objeto de un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago. La referida corte rechazó el recurso por existir la misma pretensión ventilada en la sede que corresponde, esto es, ante el referido Tribunal Ambiental mediante el respectivo reclamo de ilegalidad. Al apelarse, la Corte Suprema confirmó el fallo con fecha 16 de noviembre de 2022, pero con el voto en contra de la Ministra Ravanales y el Ministro Muñoz quienes señalaron expresamente que "el titular del Proyecto lleva ejecutándolo [el programa de cumplimiento] sobre la base de incumplimientos a sus obligaciones ambientales, vulneración permitida por la autoridad ambiental, al autorizar diversas versiones del Programa de Cumplimiento, circunstancia que no está prevista en el ordenamiento ambiental, puesto que no es posible generar un programa de cumplimiento a un programa de cumplimiento".

Por lo tanto, en ambos fallos citados, el máximo tribunal está levantando un precedente preocupante. Está indicando que es improcedente la posibilidad de hacer observaciones a un PDC presentado. Es decir, tal como se indicó, dentro de 15 días hábiles, el titular debe estar en condiciones de tener una versión definitiva e inamovible de su programa, y la SMA queda restringida a rechazarlo o aprobarlo.

En mi opinión aquella es una posición equivocada que desconoce la realidad de los PDC. Es cierto que detrás de dicho criterio puede existir una preocupación absolutamente atendible de la corte; el tiempo que demora la tramitación de un PDC. Pero aquel problema no se enfrenta limitando la posibilidad de hacer observaciones a un programa.

En efecto, tal como se adelantó, en cualquier caso con incumplimientos ambientales de mediana o gran entidad, la SMA se ve en la obligación de exigir un análisis de efectos negativos, tanto para abordarlos como para descartarlos. De acuerdo al cargo y el componente afectado, es muy probable que ese análisis, con el estándar que han exigido los Tribunales Ambientales, requiera de campañas de monitoreo, visitas a terreno, análisis de informes, incluso campañas estacionales. En ese contexto, es importante tener clara la realidad. Una sola muestra y su análisis en un laboratorio tomará -en el mejor escenario- a lo menos dos

12 Corte Suprema, Rol 134264-2022, 16-11-2022.

semanas. Una campaña más compleja incluso meses. Por lo tanto, cumplir el criterio que pretende levantar la corte es imposible. En 15 días hábiles no se puede tener identificados todos los efectos negativos; analizados sus alcances; y, tener una propuesta para abordarlos.

En consecuencia, exigir que en ese término esté la versión final del PDC que la SMA solo puede aprobar o rechazar, es sepultar la herramienta; más del 90% de los PDC reciben observaciones por parte de la autoridad, porque justamente es un escenario de colaboración y perfeccionamiento de las propuestas que se presentan, y que dan un espacio para que dicho programa cumpla con los fines que la SMA tiene en vista dentro del procedimiento de corrección, pudiendo además ponderar las observaciones que los denunciantes pueden manifestar en ese mismo espacio.

El criterio señalado por la Corte Suprema es nuevo e incluso contradictorio con otro anterior que quedó plasmado en el denominado caso "Minera La Florida"[13]. En dicha causa, la misma Corte indicó expresamente lo contrario. Se estaba discutiendo justamente la posibilidad de "corregir", "perfeccionar" o "hacer observaciones" a los PDC. En el fallo que se dictó en ese proceso se resolvió que "la SMA se encuentra facultada para exigir la complementación de un PDC insuficiente, razón por la que la decisión del Segundo Tribunal Ambiental, al disponer que la autoridad administrativa exija al infractor un instrumento que satisfaga los requisitos de integridad y eficacia, previsto en el artículo 9° del Reglamento sobre Programas de Cumplimiento, Autodenuncia y Planes de Reparación, haciéndose cargo de las deficiencias detectadas, es acertada". Agregó que "no existe impedimento para que la autoridad ordene su complementación, cuestión que se relaciona con la posibilidad de materializar el fin que el legislador tuvo presente al incorporar este instrumento de incentivo al cumplimiento, que no es otro que lograr en el menor tiempo posible que se cumpla con la normativa ambiental y se realicen acciones que se hagan cargo de los efectos (…) Si estima que hay aspectos que deben ser complementados, sea porque el instrumento no aborda todos los hechos infraccionales o no propone planes para hacerse cargo de los efectos del incumplimiento o no señala con claridad el cronograma de cumplimiento u objetivos a ejecutar, puede solicitar al infractor que perfeccione el referido instrumento, todo esto sin perjuicio de la facultad de la Superintendencia de rechazar programas presentados por infractores excluidos del beneficio o por carecer el instrumento de la seriedad mínima o presentar deficiencias que son

13 Corte Suprema, Rol 11485-2017, 05-03-2018.

insubsanables". Es decir, el criterio para hacer un rechazo de plano sería solo si el PDC presenta deficiencias "insubsanables".

Frente a este precedente disímil, en mi opinión, el criterio correcto es el que entrega este último fallo. No se puede eliminar el espacio de las observaciones a los PDC, ya que, tal como se mencionó, son el escenario donde la autoridad puede ir dialogando con los titulares para conseguir mejores propuestas, y es un momento donde también los denunciantes pueden cuestionar o hacer nuevas exigencias a la presentación original.

Al respecto, estimo que no es necesario que la ley considere expresamente la facultad de hacer "observaciones", porque aquella es una atribución implícita en la tramitación de los PDC que, además, se ejerce sobre la base de principios relevantes que se encuentran en juego, como la cooperación o colaboración, prevención, eficacia, eficiencia, asistencia e incentivo al cumplimiento, entre otros.

Lo señalado ha sido confirmado por diversas publicaciones sobre la materia. En efecto, se ha indicado que "el período que media entre la formulación de cargos y la aprobación del programa se caracteriza por una cooperación entre la Superintendencia y el titular del proyecto, vía reuniones de asistencia al cumplimiento, observaciones y correcciones de oficio practicadas al programa o bien, indicaciones incorporadas por la participación de terceros intervinientes en el procedimiento"[14]. En ese contexto "la SMA está habilitada para asumir un rol activo en la elaboración de un programa"[15]. Porque "la Superintendencia asume institucionalmente un rol de dirección en la configuración del programa"[16].

Por otro lado, tal como se adelantó, se ha indicado que "[l]a realización de estas observaciones se enmarca en el deber de asistencia al regulado que rige a la Superintendencia"[17].

Lo señalado ha sido refrendado por la misma Corte Suprema quien ha resuelto que "nos encontramos frente a un mecanismo de tutela destinado a impedir la continuación de los efectos que perturban el medio ambiente y la proliferación de sus consecuencias adversas, mediante un plan provisto de etapas y plazos a

14 Farrán, Angelo, "El Criterio de aprobación "eficacia" del Programa de Cumplimiento como articulador de la decisión de la Superintendencia del Medio Ambiente y la revisión de los Tribunales Ambientales", en Revista Ius et Praxis, Año 28, N°3, (Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2022, p. 254.

15 Farrán, Angelo. Op. Cit., p. 254.

16 Farrán, Angelo. Op. Cit., p. 254.

17 Plumer, Marie; Galdámes, Ariel; y Muhr, Benjamín, "El Programa de Cumplimiento: Desarrollo actual e importancia del instrumento para la solución de conflictos ambientales", en Revista de Derecho Ambiental, Año VI, N°9, (Universidad de Chile, Centro de Derecho Ambiental), Enero – Junio 2018, p. 228.

los que se obliga voluntariamente el administrado, consagrando, así, los principios de colaboración y prevención"[18]. En ese mismo sentido, ha señalado que "los instrumentos de incentivo al cumplimiento de la normativa ambiental tienen por objeto fomentar la colaboración con la autoridad pública para facilitar la labor de fiscalización y conseguir en el menor tiempo posible los fines propios de la legislación ambiental"[19].

En ese sentido, el Segundo Tribunal Ambiental ha resuelto que "el rol de la Superintendencia del Medio Ambiente en relación con la aprobación de un programa de cumplimiento es el de velar porque dicho programa cumpla con el rol de protección al medio ambiente, a través de la exigencia a los titulares de los antecedentes necesarios para evaluar el debido cumplimento de los criterios del artículo 9 del D.S. N° 30/2012"[20]. El mismo tribunal ha resuelto que "los mecanismos de incentivo al cumplimento fueron diseñados a la luz del principio de cooperación entre el regulador y el regulado (…) cuya característica fundamental es el incentivo al cumplimento a través de la creación de mecanismos flexibles, tales como, la asistencia al cumplimiento cuya finalidad es enfrentar las dificultades del cumplimento de manera proactiva. Bajo el modelo de cooperación, la ejecución se enfoca con mayor fuerza en el cumplimiento normativo, antes que en los mecanismos clásicos de disuasión y sanción, transitando de una política disuasiva a una política asociativa, menos adversarial, que utiliza múltiples herramientas para incentivar el cumplimiento normativo"[21].

Finalmente, una reciente sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental señala que como los PDC satisfacen un interés general de protección ambiental, es que se ha "interpretado por la misma SMA, que ésta puede ordenar la complementación de los PdC presentados por los regulados, y por otro lado, pueda proceder a su aprobación con correcciones de oficio. Estas dos potestades no se encuentran expresamente previstas por la ley o el reglamento, pero se estima que son consustanciales para alcanzar los fines de estos instrumentos. En consecuencia, permitir al regulado adoptar medidas o acciones eficaces que aseguren el cumplimiento futuro de una norma ambiental, es una respuesta mucho más rápida y eficiente para salvaguardar los

18 Corte Suprema, Rol 8456-2017, 22-05-2018, C° 11.

19 Corte Suprema, Rol 67418-2016, 03-07-2017, C° 6.

20 Segundo Tribunal Ambiental, R-75-2015, 30-12-2016.

21 Segundo Tribunal Ambiental, R-68-2015, 22-07-2016.

objetivos de protección ambiental, cuya oportunidad o conveniencia debe ser ponderada por la SMA"[22].

Por lo tanto, para la SMA existe un objetivo legal que es lograr el cumplimiento normativo. En ese contexto, el PDC se estructura como una herramienta eficaz para dicho fin. Por lo tanto, teniendo claro aquello, y buscando la colaboración con el titular y los denunciantes, se levanta como absolutamente necesaria la instancia de las observaciones a los PDC, de manera de que sea el procedimiento de aprobación o rechazo el que logre ponderar de mejor manera los esfuerzos del titular; los objetivos del caso que tiene la SMA; y las legítimas pretensiones de los denunciantes que pueden ver sus derechos e intereses afectados por la decisión.

En consecuencia, eliminar la etapa de observaciones de los PDC es un despropósito que podría acabar con la herramienta. Sin perjuicio de lo anterior, aquello no significa que la SMA esté facultada para realizar indefinidas rondas observaciones, ya que ello colisiona con otros principios relevantes en estos procedimientos, tales como el de celeridad y eficacia. Por otro lado, no es posible que la SMA observe un PDC que incumple criterios o contenidos mínimos para su presentación, en cuyo caso debería rechazar de plano.

En ese escenario, el desafío, considerando el principio de igualdad ante la ley, es regular de mejor manera la cantidad de observaciones que puede recibir un programa, con el fin de que todo titular se enfrente a la autoridad en el mismo escenario y de la misma manera. Aquello, a mi juicio, podría hacerlo el mismo servicio en las guías públicas que se dictan al efecto, o mediante una regulación expresa en el reglamento.

3.2 Régimen recursivo aplicable a los casos sobre programas de cumplimiento

Otra de las problemáticas que se han suscitado con los PDC, es el régimen recursivo aplicable a la resolución administrativa que los aprueba o rechaza. En un comienzo, la Corte Suprema estimaba que la sentencia del Tribunal Ambiental que resolvía una causa judicial sobre aprobación o rechazo de un PDC, era una "sentencia definitiva" y, por lo tanto, se podía impugnar esa decisión mediante los recursos de casación en la forma y en el fondo siguiendo los criterios del artículo 26 de la Ley N° 20.600. En efecto, se resolvieron varios casos como los citados anteriormente en este trabajo.

22 Tercer Tribunal Ambiental, R-12-2023, 12-09-2023, C° 38.

Sin embargo, ya desde el año 2021, se comenzó a declarar la inadmisibilidad de los recursos de casación en contra de estos fallos, por estimar que no son sentencias definitivas. Así encontramos los casos "Codelco Ventanas"[23], "Alto Maipo"[24], "Inmobiliaria Batuco"[25] e "Inmobiliaria Laderas Lado Mar"[26]. ¿Cuál es la razón? De acuerdo a la Corte Suprema, cuando la sentencia se dicta en un proceso donde se cuestiona un "acto trámite" (cualificado), aquella no "resuelve el fondo del asunto", por lo que no tiene el carácter de definitiva. En consecuencia, no procede la casación, sino que la apelación. En este caso, según la corte, la resolución de aprobación o rechazo del PDC es un acto trámite cualificado.

Sobre lo anterior, se pueden hacer varias observaciones. En primer lugar, desde el derecho procesal, parece cuestionable el ejercicio de calificar la sentencia de un tribunal como "definitiva" según "el acto administrativo impugnado". El artículo 158 del Código de Procedimiento Civil dispone claramente que la sentencia definitiva es aquella que "que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio". Por lo tanto, si el Tribunal Ambiental admite a trámite una reclamación en contra de la aprobación o rechazo de un PDC, y la resuelve confirmado o anulando aquella decisión por los motivos legales que corresponden, a mi juicio dicho órgano jurisdiccional está claramente resolviendo en "asunto objeto del juicio". Sin embargo, este criterio del máximo tribunal ha implicado generar nuevas definiciones de sentencia definitiva. En el contencioso administrativo, será sentencia definitiva solo aquella que se dicte en un proceso judicial donde se cuestione un acto administrativo terminal.

Lo segundo que se puede observar, es el resultado o los efectos de este criterio. Los casos de PDC ya no llegarán a la Corte Suprema. Como el recurso de apelación es el que procede, serán las Cortes de Apelaciones de Antofagasta, Santiago y Valdivia las que generarán la jurisprudencia de esta herramienta. Lo anterior, porque de acuerdo a la misma Corte Suprema, la sentencia de la Corte de Apelaciones que resuelve ese recurso de apelación, no es susceptible de recurso de casación (causa rol 90.945-2021), ni recurso de queja (causa rol 31.611-2022). Este efecto es complejo, porque las reformas procesales del último tiempo han identificado que una de las causas más importantes en el retraso en la administración de justicia es la "doble instancia", por lo cual tienden a eliminar la apelación. Por eso la totalidad

23 Corte Suprema, Rol 117379-2020, 08-02-2021.

24 Corte Suprema, Rol 96002-2021, 11-07-2022.

25 Corte Suprema, Rol 18996-2021, 18-10-2021.

26 Corte Suprema, Rol 65369-2021, 08-06-2022.

de los nuevos sistemas han creado tribunales colegiados de única instancia, cuyas decisiones solo pueden ser revisadas por vía de mecanismos de impugnación de nulidad ante el máximo tribunal. Por lo tanto, con este criterio, se vuelve atrás en esta materia.

Como última observación creo necesario hacer una pregunta; ¿cómo se puede llevar un PDC a la Corte Suprema? La respuesta es clara y, a mi juicio, también involucra una regresión. Se debería recurrir contra la decisión de aprobación o rechazo vía recurso de protección. Esto lo ha señalado la misma Corte en el voto en contra de la causa rol 134264-2022 citada anteriormente. Allí se indicó expresamente que "como ha señalado en otras oportunidades esta Corte, las resoluciones que aprueban los programas de cumplimiento en el marco de un proceso sancionatorio por las faltas a las Resoluciones de Calificación Ambiental, que aprueban los estudios de impacto ambiental de los titulares de proyectos, no son susceptibles de recurrirse de casación, desde que no se trata de un acto terminal que resuelva el fondo del asunto, sino sólo suspende el procedimiento sancionatorio". Agregó que "en estas circunstancias y habida consideración del principio de inexcusabilidad que obliga a los órganos de la administración de justicia, no es posible, a juicio de estos disidentes, que una materia de esta naturaleza quede sustraída del control jurisdiccional, impidiendo un análisis del fondo de la cuestión debatida, por cuanto se impide discutir la posible infracción de las garantías constitucionales que pueden verse comprometidas en este caso, dado que resulta –en concepto de la mayoría improcedente la presente acción de tutela y, además, esta misma Sala ha resuelto que es improcedente en el recurso de casación en el fondo denunciar la infracción de normas constitucionales, resultando paradójico que la Sala Constitucional de la Corte Suprema cierre la posibilidad a este análisis". Pero luego de lo expuesto aparecen preguntas obvias; ¿es el recurso de protección la vía idónea para debatir sobre lo que la Corte Suprema llama "el fondo" de un PDC? ¿Quién está realmente limitando el control jurisdiccional sobre los PDC? A mi juicio, la misma Corte Suprema al impedir los recursos de casación en esta materia. Por otro lado, incentivar los recursos de protección en estos casos de alta complejidad técnica es una clara regresión, ya que implica sacar a los Tribunales Ambientales y al procedimiento especial del lugar donde -por expresa disposición de la ley- deben operar.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario hacer presente que el máximo tribunal sí ha reconocido una resolución sobre PDC que puede ser objeto de recurso de

casación. Esto lo indicó en el referido caso "Alto Maipo"[27], donde reconoce como "acto terminal", la resolución que declara la "ejecución satisfactoria" de un PDC.

La pregunta que viene ahora es la siguiente; ¿qué ocurre si se declara la ejecución satisfactoria de un PDC; luego aquella resolución la reclama un denunciante, y posteriormente el Tribunal Ambiental acoge el reclamo y retrotrae el procedimiento para que se evalúe nuevamente la ejecución de dicho programa? ¿Esa sentencia es definitiva o no según la Corte Suprema? A primera vista, debería serlo, ya que la resolución que se reclama es un acto terminal (según la misma Corte).

Sin embargo, este criterio ha seguido avanzando un paso más. De acuerdo a un reciente fallo dictado por la Corte Suprema en julio de 2023[28], tampoco será sentencia definitiva aquella que dicte el Tribunal Ambiental resolviendo el asunto sometido a su decisión y reabra el procedimiento administrativo, porque de acuerdo al máximo tribunal, como el procedimiento administrativo no quedó "finalizado" (porque se reabre), la "sentencia" que se pronuncia sobre ese caso no es "definitiva". Es decir, para la Corte Suprema, estar frente a una sentencia definitiva, ya no solo depende si lo reclamado es "acto trámite" o "acto terminal", sino que también depende del "efecto de la sentencia". Si el efecto es "reabrir el procedimiento administrativo", de acuerdo al referido tribunal, la sentencia no será definitiva.

Lo anterior, a mi juicio trae consigo muchos más cuestionamientos, pero que exceden el objetivo de este trabajo. Sin embargo, la señal es clara y tiene un sentido. La Corte Suprema no quiere conocer asuntos que aún no cuentan con un acto terminal, y donde exista un procedimiento administrativo abierto. Sin embargo, esa lógica trae problemas complejos para los PDC, los cuales no serán revisados por el máximo tribunal si no es vía recurso de protección.

Con este criterio de la referida corte, en lo que respecta a procedimientos de la SMA, solo podrán llegar a la Corte Suprema vía casación, las resoluciones finales de absolución o de sanción (cuando no se ordene reabrir el procedimiento sancionatorio), o aquella que declare ejecutado satisfactoriamente el PDC y se confirme esa decisión por el Tribunal Ambiental.

A mi juicio, aquello involucra sustraer del conocimiento de la Corte Suprema importantes materias no solo de la SMA, sino del Servicio de Evaluación Ambiental, donde está aplicando el mismo criterio. Por otro lado, genera incentivos complejos, porque si un Tribunal Ambiental no quiere que su sentencia sea revisada

27 Corte Suprema, Rol 96.002-2021, 11-07-2022.

28 Corte Suprema, Rol 10332-2023, 05-07-2023.

por la Corte Suprema, buscará la forma de resolver ordenando de cualquier forma la reapertura del procedimiento.

En consecuencia, y en lo que respecta a los PDC, el máximo tribunal cierra la puerta a pronunciarse y levantar criterios sobre esta importante herramienta al limitar el recurso de casación. Lo anterior, implica dejar de tener la visión de la Corte Suprema en casos donde se requiere su definición por tener sentencias en diferentes sentidos por parte de los Tribunales Ambientales. Por ejemplo, los PDC con daño ambiental, donde la SMA ha aplicado un impedimento para su presentación cuando se formula cargos con esa hipótesis. Esta materia llegó al Primer Tribunal Ambiental en el caso "Caserones"[29] y se confirmó dicho criterio, pero el Segundo Tribunal Ambiental en el caso "Fundición Alcones"[30] concluyó que es ilegal crear un impedimento que no está reconocido en la ley, porque al ser una norma de excepción, su aplicación es restrictiva.

4. Conclusión

Es innegable que los PDC son una herramienta importante en cualquier política de cumplimiento ambiental. Por ello, toda la institucionalidad ambiental debería propender a fortalecer su uso y mejorar su aplicación, sobre todo con el control jurisdiccional de estas decisiones. En ese contexto, de los fallos analizados de la Corte Suprema, aparece como urgente confirmar el criterio de que sí se pueden realizar observaciones a los PDC en su procedimiento de aprobación o rechazo, ya que es la única herramienta con la que cuenta la SMA para poder lograr mejores propuestas, que contengan sus expectativas institucionales del caso y ponderen las visiones de los interesados.

Por otro lado, es pertinente que se revise el criterio sobre la procedencia del recurso de casación en estos casos. Es a lo menos extraño que el máximo tribunal esté limitando su control jurisdiccional sobre los PDC, y esté esperando que aquello ocurra por una vía inidónea como es el recurso de protección. Los Tribunales Ambientales y el procedimiento de reclamación de la Ley N° 20.600 fueron creados expresamente para ello. En ese contexto, el éxito del control jurisdiccional exige la participación activa de la Corte Suprema en las decisiones de fondo que se tomen sobre esta herramienta.

29 Primer Tribunal Ambiental, R-41-2021, 31-08-2021.

30 Segundo Tribunal Ambiental, R-266-2020, 19-12-2022.

ATENTADOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE EN LA LEY DE DELITOS ECONÓMICOS: REVISIÓN Y REFLEXIONES DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO AMBIENTAL

Paula Candia Inostroza[1] *y Camila Martínez Encina*[2]

Resumen

La Ley N°21.595 que regula la Ley de Delitos Económicos, publicada con fecha 17 de agosto de 2023, introdujo dos grandes modificaciones de interés para el derecho ambiental que serán tratadas en este comentario. Primero, el artículo 48 numeral 8° introdujo el párrafo 13, del Título VI, del Libro II del Código Penal, referido a "Atentados contra el medio ambiente". Mientras que el artículo 57 introdujo modificaciones a la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (LO-SMA), incorporando los artículos 37 bis y 37 ter. Este comentario revisa los nuevos delitos ambientales, las modificaciones a la LO-SMA y presenta algunas reflexiones teórico-prácticas que surgen de una primera revisión de esta nueva normativa.

1. Introducción[3]

En Chile la rama del derecho penal ambiental puede ser considerada novedosa, existiendo escasa práctica y jurisprudencia que respalde su desarrollo y estudio a nivel nacional.[4] Hasta la promulgación de la Ley Nº21.595 que regula la Ley de

1 Abogada de la Universidad Diego Portales, LL.M. in Energy and Natural Resources Law de Queen Mary University of London, Reino Unido. Asociada senior de Lathrop Blanco Goldbaum Abogados.

2 Abogada de la Universidad de Chile, Máster en Estudios Avanzados en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Directora del Área de Cumplimiento Ambiental de Eelaw.

3 Agradecemos los comentarios y observaciones realizados por la abogada penalista Catherine Lathrop Rossi. Si subsisten interpretaciones o conceptos errados, es de exclusiva responsabilidad de las autoras.

4 Cabe destacar el trabajo que al respecto ha realizado el profesor Jean Pierre Matus, quien, por ejemplo, el año 2003 escribió junto a otros autores, el artículo "Análisis dogmático del derecho penal ambiental chileno, a la luz del derecho comparado y las obligaciones contraídas por chile en el ámbito del derecho internacio-

Delitos Económicos (en adelante, también "LdE"), nuestro país no contaba con una normativa especial sobre esta materia, sino que con un conjunto de conductas ilícitas dispersas en cuerpos normativos ambientales y sectoriales, y con algunos artículos del Código Penal que, vinculados con la salud pública, tenían relación con aspectos de importancia para el derecho ambiental. Así lo señala y reconoce también parte de la doctrina en una de las obras escritas sobre este asunto, al comentar, por ejemplo, los delitos relativos a la salud animal o vegetal, o el delito de usurpación de aguas.[5]

El proceso de tramitación de la LdE inició con dos mociones parlamentarias presentadas el 14 y 15 de enero del año 2020, boletines número 13204-07 y 13205-07 respectivamente, tardando aproximadamente tres años y medio en ser concluido con su publicación el pasado 17 de agosto del 2023. Dentro de los fundamentos de las mociones, destaca la necesidad de ampliar y endurecer el catálogo de delitos vinculados a la 'criminalidad' socioeconómica y ambiental, con la finalidad de sancionar de manera efectiva a quienes cometen o participen en ilícitos penales de naturaleza económica y vinculados con el medio ambiente; así como la sistematización de un conjunto de delitos que se encontraban dispersos en distintos cuerpos normativos. La LdE está vigente desde el mismo día de su publicación, salvo en lo referido a las modificaciones introducidas a la Ley N°20.393, sobre Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica, cuya entrada en vigor ocurrirá el día 01 de septiembre de 2024.

Tras la sistematización de delitos existentes en el ordenamiento jurídico, la LdE estableció cuatro categorías de delitos, siendo los de segunda y tercera categoría, plasmados en el Título I, los que pueden resultar de mayor interés para el derecho ambiental y sectorial. Destacan entre ellos, los delitos de caza, corta de bosque nativo, daño a monumentos nacionales, y otros, los que a su vez, con la nueva ley, pueden ser considerados como delitos económicos.

En concreto, para que los hechos contenidos en las disposiciones de la segunda categoría sean considerados como delitos económicos, estos deberán ser perpetrados: (i) en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o (ii) cuando lo fuere en beneficio económico o de otra naturaleza para ella. En cuanto a los hechos contenidos en la tercera categoría, la Ley nos indica que estos serán considerados como delitos económicos cuando, en la perpetración del hecho

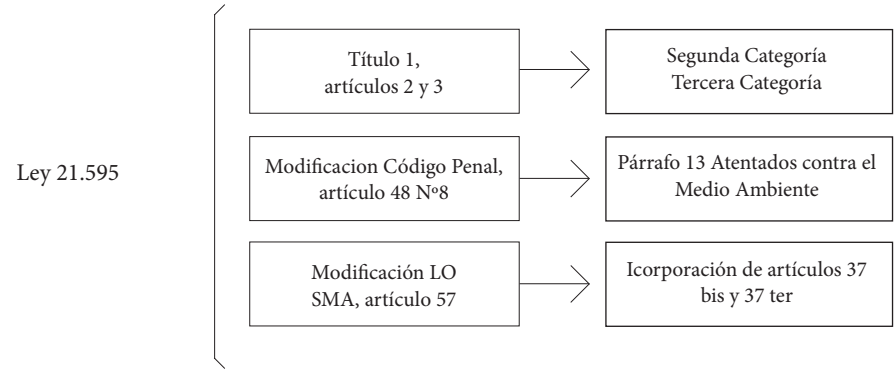
nal. Conclusiones y propuesta legislativa fundada para una nueva protección penal del medio ambiente en Chile" (2003), Revista Ius et Praxis, año 9, Nº2.

5 Silva, Hernán, *El Delito Ambiental en el Derecho Chileno y Comparado, de los Tribunales Ambientales y Ley 20.147 [sic] sobre Normativa Ambiental*, (Editorial Metropolitana), 2019, p. 103.

hubiere intervenido como autor o cómplice, un sujeto activo en ejercicio de un cargo, función o posición en una empresa, o cuando el hecho fuere cometido en beneficio económico o de otra naturaleza para esta. Podemos mencionar como hecho ejemplificador, el descrito en el inciso primero del artículo 64-J de la Ley Nº18.892 General de Pesca y Acuicultura, referido a la destrucción, sustracción o revelación indebida de información vinculada al pesaje.

Además de la categorización del Título I, la LdE cuenta con dos grandes modificaciones que dan paso formalmente al inicio del derecho penal ambiental en Chile: (i) la primera, contenida en el artículo 48, numeral 8° de la ley, que introdujo al Código Penal el nuevo párrafo 13 del Título VI del Libro II, referido a los "Atentados contra el medio ambiente" y que pueden ser además delitos económicos (en adelante, también denominada como Párrafo 13); y (ii) la segunda, comprendida en el artículo 57 del Título IV de la ley, que incorpora los artículos 37 bis y 37 ter, ambos de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente (en adelante, LO-SMA). Ambos a su vez, son delitos de segunda categoría si concurren los requisitos para ello.

Áreas de la LdE de interés para la práctica ambiental



Fuente: Elaboración propia

Ahora bien ¿qué consecuencias tiene que un delito sea considerado como delito económico? En términos prácticos, lo primero que se debe tener presente es que la determinación de las penas se realizará a través de las reglas especiales establecidas en la propia Ley N° 21.595. Por otro lado, todo delito económico conllevará además una pena de multa fijada a través de un sistema de "días multa", siendo considerada como una extensión de las penas privativas o restrictivas de

libertad de acuerdo con el artículo 27 de la LdE. Otra consecuencia es que no serán aplicables las atenuantes, agravantes y agravantes muy calificadas previstas en el Código Penal (artículos 11 al 13), sino que las atenuantes, atenuantes muy calificadas y agravantes que establece la propia LdE en los artículos 13 al 15. Además, junto con la imposición de penas principales se podrán imponer penas accesorias, tales como las inhabilitaciones que ya no serán solo de índole público, sino que también privado, pues de conformidad a lo dispuesto en los artículos 30 y siguientes de la LdE, quien resulte sancionado podría no ejercer cargos gerenciales[6]. Finalmente, en los artículos 40 y siguientes, la LdE señala que toda condena por delito económico conllevará el comiso de ganancias, es decir, el Ministerio Público y el Consejo de Defensa del Estado, podrán solicitar medidas cautelares para asegurar los activos patrimoniales.

Teniendo claro todo lo anterior, el presente comentario se centrará en revisar y presentar algunas reflexiones sobre los nuevos delitos ambientales, contenidos en el párrafo 13 del Código Penal sobre atentados contra el medio ambiente; y en los artículos 37 bis y 37 ter introducidos a la LO-SMA. Para ello, este comentario se ordenará de la siguiente forma: en la sección II se presentará una breve caracterización de los delitos y se analizará su contenido general; en la sección III se presentarán algunas reflexiones generales sobre los nuevos delitos; y en la sección IV se abordarán interrogantes relacionadas específicamente con algunos de los tipos penales que se vinculan con las competencias del Ministerio del Medio Ambiente (MMA) o la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Las conclusiones se presentan al final del comentario.

2. Caracterización de los delitos y análisis de su contenido

La introducción de los nuevos delitos ambientales al Código Penal es posiblemente, uno de los cambios más relevantes que trae la LdE, recogiendo con ello una necesidad que venía siendo promovida y discutida en el contexto de variados proyectos de ley anteriores.[7] Así lo reconocen, por ejemplo, Balmaceda, Cox y Piña, quienes comentan que esta modificación "[s]e trata posiblemente del cambio más radical en cuanto a derecho penal sustantivo".[8]

6 De conformidad al artículo 34 de la Ley N° 21.595, las inhabilitaciones públicas en el caso de contrataciones con el Estado, podrán imponerse a perpetuidad, mientras que las inhabilitaciones gerenciales, pueden tener una duración entre 3 a 10 años.

7 De ello dan cuenta, por ejemplo, los boletines número 5654-12 y 12.398-12.

8 Balmaceda, Cox y Piña Abogados, *Nuevo estatuto de delitos económicos en Chile*, (BCP ediciones), 2023.

En términos generales, podemos decir que los nuevos tipos penales ambientales persiguen directa e indirectamente la protección del medio ambiente, contando cada uno de ellos con ciertas particularidades que pueden ser abordadas con un detalle que no es posible presentar en este comentario. Para una revisión más sencilla,[9] se propone la siguiente agrupación:

a) Delitos de vulneración a la institucionalidad ambiental y sectorial. Encontramos en este conjunto:

(i) Delito de elusión al SEIA (artículo 305).
(ii) Delito de contumacia de infracciones administrativas (artículo 306).
(iii) Delito de extracción de aguas en infracción a la regulación (artículo 307).

b) Delitos de afectación grave o daño ambiental. Encontramos en este conjunto:

(i) Delito de afectación grave o daño ambiental propiamente tal (artículo 308).
(ii) Cuasidelito de afectación grave o daño ambiental (artículo 309).
(iii) Delito de afectación grave o daño a componentes ambientales en áreas bajo categorías de protección y glaciares (artículo 310).

En cuanto a los demás artículos del párrafo 13, destacamos que desde el artículo 310 bis y hasta el 312 encontraremos algunas reglas especiales que se aplicarán a los delitos previamente mencionados, como la del artículo 310 bis inciso segundo, que establece la imposición del máximo de la pena que corresponda, cuando los hechos generen un daño irreversible a un ecosistema (agravante)[10], o la del artículo 311 sexies que resulta especialmente relevante para los tipos penales que involucran al SEIA, y que indica que la declaración administrativa de no estar obligado a someter la actividad a una evaluación de impacto ambiental, exime de responsabilidad conforme al artículo 305, a menos que haya sido obtenida bajo engaño, cohecho, coacción, o que la persona autorizada sabe que es o ha devenido manifiestamente en improcedente.

2.1. Delitos de vulneración a la institucionalidad ambiental y sectorial.

Consideramos que los tipos penales contenidos en los artículos 305 a 307 del Código Penal, no son delitos ambientales propiamente tales, ya que protegen y en alguna medida fortalecen, distintos instrumentos, competencias y regulaciones del derecho ambiental vigente, y de manera indirecta al medio ambiente y los

9 Por razones de extensión, se omitirá la transcripción de los tipos penales.

10 Esta disposición aplica a los hechos previstos en el número 1 del artículo 308, e incisos primero y segundo del artículo 310.

ecosistemas. Por otro lado, tenemos hipótesis en que definitivamente el medio ambiente no es el bien jurídico protegido, lo que podemos observar en el delito del artículo 307 que sanciona al que extraiga aguas subterráneas infringiendo las reglas sobre distribución y aprovechamiento, regulación que no tiene por objeto principal la protección del medio ambiente o del agua como sistema ecológico. Si bien el actual artículo 5 bis del Código de Aguas reconoce la preservación ecosistémica como una de las funciones del agua, este también aclara que siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento[11], dándoles prioridad por sobre los fines ecosistémicos.

En este sentido, podemos decir que en el caso de los artículos 305 a 307 del Código Penal, nos encontramos frente a delitos pluriofensivos que, junto con resguardar el medio ambiente, buscan proteger la puesta en peligro de otros bienes jurídicos que se indican en cada caso.

Ahora bien, durante la tramitación parlamentaria y con posterioridad a ella, se ha llamado a este conjunto de tipos penales como "delitos de contaminación"[12], cuestión que no compartimos, ya que se incluyen dentro de ellos un conjunto de actos ilícitos que no son -o no son puramente- contaminantes, como ocurre, por ejemplo, con la extracción de aguas o suelo; y también porque la contaminación no es la única forma en que el medio ambiente puede ser impactado por los proyectos o actividades que deben someterse a evaluación ambiental. Por esta razón, consideramos que un concepto más apropiado es el de vulneración a la institucionalidad ambiental y sectorial, con lo que además se les distingue de los delitos listados del artículo 308 al 310.

Otra de las características generales que se ha señalado respecto de los tipos penales mencionados, es que estos describirían delitos de mera actividad[13], con lo que no resultaría relevante para el tipo penal si con ocasión de perpetrarse el hecho punible, se impactare, afectare o se produjese daño ambiental efectivo a los ecosistemas. En nuestra opinión, si bien el tenor de los tipos puede llevar a dicha conclusión, se debe considerar el contenido del artículo 311, que establece una figura menos grave o privilegiada de los delitos listados en los artículos 305 a 307. En dicha disposición se establece como requisito para la aplicación de la pena reducida, que no se superen de manera significativa los límites permitidos o autorizados, y que el infractor hubiere obrado con diligencia para restablecer

11 Artículo 5 bis inciso 2 del Código de Aguas.

12 Así, por ejemplo, se puede observar en la Historia de la Ley 21.595, pág. 190, o en: Balmaceda, Cox y Piña, Op. Cit., p. 95.

13 Leppe Guzmán, Juan Pablo. P.

dicho valor, evitando las consecuencias dañinas del hecho. Por ello, creemos que es importante que la doctrina especializada defina en un futuro si efectivamente nos encontramos ante delitos de mera actividad o si se trata de delitos que de todas formas exigirían un resultado, ya que la dificultad probatoria en cada caso puede ser diametralmente distinta. Sumado a ello, si bien la LdE fija un régimen especial de penas, de igual forma, esta diferenciación podría tener incidencia en la determinación de la pena concreta.

A. Delito de elusión al SEIA.

En el caso del artículo 305, el legislador se pone en el supuesto de quien, sin haber sometido su actividad a una evaluación ambiental a sabiendas de estar obligado a ello, incurra en alguna de las circunstancias que allí se describen, esto es: (1) Vierta sustancias contaminantes en aguas marítimas o continentales; (2) Extraiga aguas continentales, sean superficiales, subterráneas o aguas marítimas; (3) Vierta o deposite sustancias contaminantes en el suelo o subsuelo continental o marítimo; (4) Vierta tierras u otro sólidos en humedales; (5) Extraiga componentes del suelo o subsuelo; o (6) Libere sustancias contaminantes al aire.

En este caso, la pena será de presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio y la aplicación de multas variará entre las 120 a 60.000 UTM. Sin embargo, la situación cambia drásticamente, en caso de que el sujeto obligado sabía que debía ingresar el proyecto o actividad a través de un Estudio de Impacto Ambiental, en cuyo caso, el presidio aumenta a presidio menor en su grado medio a máximo y las multas, fluctúan en un rango entre 12.000 a 90.000 UTM. En ambos casos, el legislador considera que estas penas pueden ser disminuidas, si es que concurren los supuestos del artículo 311, en cuyo caso, las multas se verán disminuidas entre 120 a 12.000 UTM. Los supuestos que contempla el artículo 311, dicen relación con la significancia de la conducta penada en el medio ambiente, o bien, si es que el infractor hubiera obrado con diligencia para restablecer su conducta y evitar así, las consecuencias dañinas del hecho.[14]

Como ya se ha señalado, el delito del artículo 305 viene claramente a proteger la institucionalidad y por dicha vía, al medio ambiente, listando seis actos ilícitos. Así, protege al instrumento de gestión ambiental preventivo más relevante de nuestra legislación: el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (en adelante, "SEIA"), el que de acuerdo a la Ley N°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (Ley N°19.300) y el Decreto 40 del año 2012 del Ministerio de Medio Ambiente, consta

14 En el caso del artículo 307, aplicará la hipótesis del 311 cuando la extracción hubiera estado destinada a las bebidas y usos domésticos de subsistencia.

de dos instrumentos de evaluación: las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA) y los Estudios de Impacto Ambiental (EIA).[15] En ambos casos nos encontramos ante instrumentos que buscan evaluar proyectos o actividades que sean susceptibles de generar impacto en el medio ambiente. Sin embargo, el elemento diferenciador es que los EIA se presentan en caso de que dichos proyectos o actividades generen o presenten alguno de los efectos, características o circunstancias contemplados en el artículo 11 de la Ley N°19.300. En este sentido, un EIA es mucho más largo, complejo y costoso, porque se trata de evaluar proyectos o actividades que generan un impacto significativo. La distinción entre ambos procedimientos está recogida en el mencionado artículo 305, toda vez que el inciso segundo hace aplicable una pena más alta a quienes eluden el SEIA debiendo haberse sometido a un EIA.[16]

Con relación a si este sería un delito de mera actividad o resultado, debemos tener presente puntualmente que las actividades descritas en el artículo 305, por remisión a los instrumentos del SEIA, se deberían considerar *per se* susceptibles de generar impacto ambiental. Aquel es el presupuesto base para que, de acuerdo con el artículo 10 de la Ley N°19.300, las actividades o proyectos se sometan a evaluación ambiental. De lo contrario, tampoco se cumpliría con el presupuesto de la elusión al sistema.

Finalmente, podemos señalar que nos encontramos ante un tipo penal que exige la concurrencia de dolo, toda vez que en la descripción del tipo subjetivo la norma exige que la elusión se haya realizado "*a sabiendas*", lo que de acuerdo con la Real Academia Española significa con conocimiento y deliberación. Balmaceda, Cox y Piña sostienen que el inciso primero exigiría dolo directo, mientras que el inciso segundo del artículo 305, solamente dolo eventual[17]. Ello encontraría fundamento en las penas establecidas para cada caso y en que solo el primer inciso es el que agrega el grado de conocimiento "a sabiendas", mientras que el segundo nada dice al respecto. Si bien esta es una interpretación literal, creemos que es debatible, ya que el artículo 305 utiliza de manera genérica el concepto de evaluación de impacto ambiental, que como ya dijimos, puede tramitarse por la vía de una DIA o un EIA. Luego, el segundo inciso solo viene a sancionar con una pena mayor la elusión en caso de un EIA, porque se trata efectivamente de situaciones más graves, de mayor impacto, pero ello no implica que a su respecto

15 Una interpretación coherente de este artículo con el SEIA, exige concluir que, aunque no lo dice, el primer inciso se refiere a los proyectos o actividades que debían someterse a una DIA.

16 De acuerdo con el artículo 305 inciso segundo corresponde a una pena de presidio o reclusión menor en sus grados medio a máximo.

17 Balmaceda, Cox y Piña,Op. Cit., p. 96.

se deje de exigir el mismo grado de conocimiento establecido como regla general en el inciso primero.

B. Delito de contumacia de infracciones administrativas.
Los actos ilícitos sancionados por el artículo 306 del Código Penal son los mismos listados del número 1 al 6 del artículo anterior, pero que tienen dos grandes particularidades o condiciones. Primero, que, a pesar de tener autorización para realizar dichos actos, en su ejercicio, contravengan o incumplan alguno de los instrumentos de gestión o autorizaciones que se mencionan. Estos pueden ser normas de emisión o de calidad ambiental; planes de prevención, de descontaminación o de manejo ambiental; una resolución de calificación ambiental (RCA); o cualquier otra condición asociada al otorgamiento de la respectiva autorización. La segunda condición es que, de manera previa, hayan sido sancionados administrativamente en dos procedimientos sancionatorios distintos; que se trate de infracciones graves o gravísimas que hayan tenido lugar dentro del periodo de 10 años anteriores al hecho ilícito y respecto de una misma unidad sometida al sistema de control, que identificamos como el bien jurídico protegido directo. Es decir, nos encontramos ante un delito que sanciona especialmente la reiteración de la conducta.

En términos de penas, quienes incurran en la conducta serán condenados a presidio o reclusión menor en sus grados mínimo a medio y a multas que fluctúan entre 120 a 60.000 UTM o de 120 a 12.000 UTM si es que concurren los requisitos del artículo 311 ya comentado.

Considerando el tenor del artículo 306, no está demás aclarar que dichos procedimientos sancionatorios no son solo aquellos de competencia de la Superintendencia del Medio Ambiente, sino que se incluyen aquí todos los procedimientos sancionatorios seguidos a propósito de regulación sectorial, como por ejemplo ante el Sernageomin.

C. Delito de extracción de aguas en infracción a la regulación.
El delito descrito en el artículo 307 también tiene como supuesto base que exista una autorización[18] previa para extraer aguas continentales (subterráneas o superficiales), por lo que nos encontramos nuevamente ante un tipo penal que, cumpliéndose determinadas circunstancias, protege el rol de la administración en la

18 La autorización a la que hace referencia el artículo 307, se refiere a contar con derechos de aprovechamiento de acuerdo con lo establecido en el Código de Aguas. Asimismo, deberán ser aplicables otro tipo de autorizaciones que realiza el Código y que se entienden otorgados por él, como, por ejemplo, las del artículo 56.

gestión del agua. Lo determinante para que la extracción sea punible, es que ésta infrinja las reglas de distribución y aprovechamiento de aguas cuando se encuentre vigente la reducción temporal del ejercicio de derechos de aprovechamiento; o se realice en una zona de prohibición para nuevas explotaciones acuíferas, en un área de restricción del sector hidrogeológico, en dónde se haya declarado el agotamiento de las fuentes naturales o se encuentre bajo declaratoria de zona de escasez hídrica.

2.2. Delitos de afectación grave y daño ambiental.

En el caso de los delitos de los artículos 308, 309 y 310, nos encontramos derechamente ante delitos de resultado o delitos materiales, toda vez que exigen una alteración o afectación grave del medio ambiente, ecosistemas o componentes que taxativamente se indican. Asimismo, en este caso nos encontramos con tipos penales en que el bien jurídico protegido es el medio ambiente de manera directa.

A. Delito de afectación grave o daño ambiental propiamente tal.

El artículo 308 puede ser catalogado como el delito ambiental propiamente tal. Este sanciona el *daño o la afectación grave* de aguas, el suelo o subsuelo, el aire, la salud animal o vegetal y humedales, así como la existencia de recursos hídricos y el abastecimiento de agua potable. Este último caso es curioso, ya que se aleja del bien jurídico protegido establecido en los otros casos mencionados, donde podemos encontrar una protección directa y valoración del medio ambiente en sí mismo.

En el caso del abastecimiento de agua potable, la protección se entrega a un servicio que si bien es fundamental para el aseguramiento efectivo del derecho humano al agua -hoy reconocido expresamente en nuestra legislación[19], este claramente no corresponde a un ecosistema, medio ambiente o componente ambiental. Por otro lado, no queda claro por qué se agrega el abastecimiento de agua potable y no el servicio de saneamiento, el que también es reconocido como un derecho humano en el actual artículo 5 inciso cuarto del Código de Aguas.

Cabe mencionar que los nuevos delitos de daño o afectación grave al medio ambiente o sus componentes comparten similitudes con el concepto de ecocidio que se ha desarrollado a nivel internacional, de entre los que destaca el entregado por el Panel Internacional de Expertos, convocado para proponer una definición y regulación de ecocidio factible de ser incorporadas en el Estatuto de Roma. Esta

19 Artículo 5 inciso cuatro del Código de Aguas.

definición indica: "cualquier acto ilícito o arbitrario perpetrado a sabiendas de que existe una probabilidad sustancial de que cause daños graves que sean extensos o duraderos al medioambiente."[20]

Si bien el CP no cuenta con un tipo penal exactamente igual a la propuesta citada, sus componentes tienen cierta familiaridad con los nuevos delitos introducidos por la LdE, especialmente cuando revisamos el alcance que esta da a la "afectación grave". En efecto, el artículo 310 bis establece las circunstancias que permiten determinar cuándo nos encontramos frente a la afectación grave que exigen los tipos penales de los artículos 308, 309 y 310, listando 7 particularidades no copulativas: 1. Extensión especial de relevancia; 2. Efectos prolongados en el tiempo; 3. Irreparable o difícilmente reparable; 4. Alcanzar a un conjunto significativo de especies; 5. Incidir en especies categorizadas como extintas, extintas en grado silvestre, en peligro crítico o en peligro o vulnerables; 6. Poner en serio riesgo de grave daño la salud de una o más personas; y 7. Afectar significativamente los servicios o funciones ecosistémicas del elemento o componente ambiental. Es claro que las circunstancias descritas en el artículo 308 incluyen los elementos más relevantes de la definición de ecocidio. Sin embargo, creemos que es apresurado concluir que nos encontramos frente a la tipificación local de esta propuesta.

B. Cuasidelito de afectación grave o daño ambiental.

En el caso del artículo 309, nos encontramos ante casos de daño ambiental o grave afectación al medio ambiente por los hechos señalados en el artículo 308, pero realizados por imprudencia temeraria o mera imprudencia o negligencia, mezclando con ello varias formas de imputación que pueden subsumirse en el concepto de falta de cuidado. Lo relevante es que el hechor no requiere conocer y querer el acontecer delictivo. Por lo mismo, consideramos que en este caso nos encontramos ante un *cuasidelito de daño o grave afectación ambiental*.

La pena asociada a este delito es la de presidio o reclusión menor en su grado máximo, en los casos en que concurran las circunstancias de los artículos 305 a 307; y de presidio o reclusión menor en cualquiera de sus grados en los demás casos.

C. Delito de afectación grave o daño a componentes ambientales en áreas bajo categorías de protección y glaciares.

Finalmente, el artículo 310 establece un *delito de daño o afectación grave de*

20 Stopecocidio.org, Definición Jurídica de Ecocidio, junio de 2021. Disponible en: https://stopecocidio.org/definicion-legal-del-ecocidio

componentes ambientales de manera genérica, sin hacer referencia a otros verbos rectores como los usados en las tipologías anteriores, pero limitándolo a categorías de protección oficial: reserva de región virgen, parque nacional, monumento natural, reserva nacional o humedal de importancia internacional. Considerando la actual clasificación de áreas protegidas de la Ley Nº21.600 que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SBAP), quedarían comprendidas la mayoría de las categorías, a excepción de las áreas de conservación de múltiples usos y las áreas de conservación de pueblos originarios.[21]

En este caso, si la conducta es cometida con dolo, será condenado a presidio o reclusión mayor en su grado mínimo y la multa fluctúa entre 24.000 a 120.000 UTM. Por otro lado, en caso de ser cometido con imprudencia temeraria, mera imprudencia o negligencia con infracción de los reglamentos, se condenará con presidio o reclusión menor en su grado máximo y con las mismas multas ya señaladas.

2.3 Modificaciones a la LO-SMA

Como se anunció, la LdE también introdujo modificaciones a la LO-SMA, traduciéndose en dos nuevos artículos que son fundamentales para abordar las reflexiones de la sección IV de este comentario y que se revisan a continuación.

El artículo 37 bis de la LO-SMA, estipula una pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de 100 a 1.000 UTM, para quien incurra en los siguientes supuestos a saber:

> a) El que maliciosamente en la evaluación ambiental de un proyecto presentare información que ocultare, morigerare, alterare o disminuyere los efectos o impactos ambientales futuros determinados en la evaluación ambiental, de un modo tal que pudiere conducir a una incorrecta aprobación de la resolución de calificación ambiental.
> b) El que maliciosamente fraccionare sus proyectos o actividades para eludir el sistema de evaluación de impacto ambiental o hacer variar la vía de ingreso a él.
> c) El que maliciosamente presentare a la Superintendencia del Medio Ambiente información falsa o incompleta para acreditar el cumplimiento de obligaciones impuestas en una resolución de calificación ambiental, nor-

21 Ley Nº21.600 Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, artículo 56.

mas de emisión, planes de reparación, programas de cumplimiento, planes de prevención o de descontaminación, o cualquier otro instrumento de gestión ambiental de su competencia.

Finalmente, el nuevo artículo 37 ter de la LO-SMA, señala que será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 50 a 500 UTM:

a) El que incumpliere las sanciones de clausura impuestas por la Superintendencia del Medio Ambiente o las medidas impuestas en virtud de las letras b), c), d) y e) del artículo 48.

b) El que impidiere u obstaculizare significativamente las actividades de fiscalización que efectuare la Superintendencia del Medio Ambiente.

3. Reflexiones generales sobre los nuevos tipos penales en relación con el derecho ambiental vigente

Una primera aproximación al nuevo párrafo sobre atentados contra el medio ambiente en el Código Penal, nos invita de inmediato a reflexionar sobre el estado actual del derecho ambiental chileno, y cómo a propósito de la tipificación de estas nuevas conductas ilícitas, su actualización se torna especialmente urgente. En la sección anterior se indicó que los nuevos delitos vienen a proteger el medio ambiente de manera directa pero también mediante la protección y fortalecimiento de la institucionalidad ambiental vigente, para lo que explícita o implícitamente, se remite a conceptos e instrumentos que son propios del derecho ambiental. Tal es el caso, por ejemplo, de diversos instrumentos de gestión ambiental como el SEIA, las normas de calidad, y conceptos definidos en la Ley 19.300, como ocurre con el de contaminación y reparación.

3.1. Prevención y tratamiento de la contaminación: retraso en la dictación de instrumentos de gestión y cuestionamientos en torno a su idoneidad.

Los diversos tipos penales comentados en la sección anterior mencionan o hacen alusión, a los instrumentos de gestión ambiental relacionados explícitamente con la contaminación, específicamente a las normas primarias y secundarias de calidad ambiental y las normas de emisión[22]-[23], con los correlativos planes de prevención y

22 Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículos 32 y 40.

23 Decreto Supremo N° 38/2012, del Ministerio del Medio Ambiente, que Aprueba Reglamento para la Dictación de Normas de Calidad Ambiental y de Emisión.

de descontaminación[24] cuando los umbrales de las primeras comienzan a superarse.[25] Para entender cómo operan estos instrumentos, uno de los elementos básicos a considerar es el concepto de contaminación, el que de acuerdo con la misma Ley 19.300, es:

> "la presencia en el ambiente de sustancias, elementos, energía o combinación de ellos, en concentraciones o concentraciones y permanencia superiores o inferiores, según corresponda, a las establecidas en la legislación vigente;"[26]

De esta forma, es la ley la que determina las sustancias y umbrales de concentración y permanencia, cuestión que se operativiza mediante la dictación de los instrumentos previamente señalados. El problema radica en que existe un retraso en la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión, además de una crítica en cuanto a la idoneidad de estos planes para afrontar el problema que por ley están destinados a solucionar.

A modo de ejemplo, la mayoría de las normas de calidad y planes de prevención y descontaminación que se han dictado en Chile, se hacen cargo específicamente de la contaminación atmosférica. En relación con el componente hídrico, existe un importante retraso en la dictación de normas de calidad ambiental, e incluso, existen territorios de Chile sin información alguna que sustente al menos un anteproyecto de la cuenca para su protección, haciendo urgente su elaboración y posterior dictación[27]. En el caso del componente suelo la situación es aún peor, ya que a la fecha no existe ninguna norma primaria ni secundaria de calidad ambiental que regule las concentraciones y permanencia superiores o inferiores de contaminantes en dicho ecosistema, encontrándose recién en tramitación desde el 2023 el primer anteproyecto de norma de calidad primaria, enfocada en la protección de la salud de las personas.[28] A la fecha de elaboración de este comentario, no se

24 Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículos 45 y ss.

25 Una revisión más detallada de las normas e instrumentos ambientales que vinculan los nuevos tipos penales puede ser revisada en Leppe Guzmán, Juan Pablo, *Análisis y comentario del nuevo párrafo de atentados contra el medio ambiente del código penal,* (Editorial Hammurabi), 2023.

26 Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, artículo 2 letra c).

27 Martínez, Camila y Walker, Patricio, "Revisión de criterios para la determinación del Daño Ambiental en el componente hídrico", en Belemmi, Victoria (Coord)., *La regulación de las aguas: nuevos desafíos del siglo XXI. Actas de las II Jornadas del régimen jurídico de las aguas,* (DER Ediciones), 2019. Disponible en https://doi.org/10.34720/5w93-c218

28 Planesynormas.mma.gob.cl, Expedientes electrónicos, Planes y Normas, Norma primaria de calidad am-

tiene conocimiento de una próxima tramitación de norma secundaria, instrumento que considerando la diversidad y características de los suelos en Chile, y al tenor de algunos tipos penales como el del artículo 308, puede resultar elemental para una comprensión y protección objetiva del ecosistema.

Además de los vacíos mencionados, cabe preguntarse si el modelo adoptado por el derecho ambiental chileno a este respecto es el más apropiado. Una aproximación moderna más no nueva, llama a establecer regulaciones y medidas a nivel ecosistémico y no por componentes, o a lo menos, a establecer mecanismos que permitan recoger las interrelaciones existentes entre ellos. Asimismo, se exige mayor celeridad para que los 'remedios' adoptados no terminen siendo peor que la 'enfermedad'. Esto supone un desafío mayor en términos de modelo de regulación y que difícilmente será solucionado a la brevedad.

3.2 Reparación del daño ambiental: necesidad de mayor regulación y perfeccionamiento.

Otro de los aspectos que requiere atención en una primera aproximación a los tipos penales, es el rol de la reparación del daño ambiental en el nuevo párrafo 13. A saber, la nueva normativa se refiere a ella como atenuante muy calificada de acuerdo con lo establecido en el artículo 311 ter del Código Penal; mientras que el artículo 312 otorga al tribunal la facultad de imponer al imputado o condenado, condiciones que permitan reparar el daño ambiental.

La regla general en el derecho ambiental es que quien culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente e indemnizarlo.[29] De acuerdo con la Ley 19.300, la reparación es la acción de reponer el medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño, y si aquello no es posible, se deben restablecer sus propiedades básicas. Así, podemos encontrarnos con proyectos, órdenes y/o planes de reparación en el contexto del SEIA[30], de procedimientos sancionatorios ante la SMA[31], o de acciones de reparación por daño ambiental cuya competencia se encuentra radicada en los Tribunales Ambientales[32], por ejemplo.

---

biental para suelos de Chile. Disponible en: https://planesynormas.mma.gob.cl/normas/expediente/index.php?tipo=busqueda&id_expediente=941664

29 Ley 19.300, artículo 3.

30 Ley 19.300, artículo 12.

31 LO-SMA, artículo 43.

32 Ley 19.300, artículo 53.

Es en relación con esta multiplicidad de actores e instancias dónde surgen algunas dudas, toda vez que no está claramente resuelto quién lo ordena y en qué contexto se tramita un plan de reparación para efectos de aplicar el artículo 311 ter, si este debe realizarse a apropósito de la persecución penal o si debe mediar una orden del Tribunal Ambiental competente en el contexto de una acción por daño ambiental. Por otro lado, no queda claro si en dicho caso la implementación de la acción es voluntaria, o si estará sujeta a la aprobación y control de la SMA, surgiendo dudas en relación con los estándares que deberán cumplirse para tener por acreditado que se ha implementado un plan de reparación efectivo.

La disposición del artículo 312 es menos escueta, pues indica que si el tribunal ordena la reparación del daño ambiental, deberá consultar a los organismos técnicos competentes, y en caso de imponerlas, oficiará a la autoridad reguladora para la fiscalización de su cumplimiento. Algunas de las cuestiones relevantes a determinar en este caso serán determinar, por ejemplo, cuál será el organismo técnico competente, como se abordará la coordinación entre servicios públicos, además de considerar el rol que podría tener el futuro Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas atendida su vinculación con la restauración, una de las formas de reparación o recuperación de ecosistemas degradados. Por otro lado, deberá resolverse si una orden del tribunal en este sentido tiene algún efecto en el contexto de acciones de reparación por daño ambiental; cómo evitar que se ordene la reparación por más de un tribunal (penal y ambiental); o si se encuentra de alguna forma salvada la hipótesis de que uno de ellos ordene o apruebe una técnica de reparación que el organismo competente en otra instancia no habría aprobado.

En relación con el fondo de la reparación, debemos recordar que, si bien la definición entregada por la Ley 19.300 no es la mejor, el fin último debe ser la recuperación de funciones del medio ambiente dañado, resultado que se logra implementado el proceso restaurativo de los ecosistemas.[33] Este proceso es largo, técnicamente complejo, y cuenta con variadas etapas cuyos resultados no siempre permiten alcanzar la restauración propiamente tal del ecosistema.

En el contexto de las penas asociadas a los delitos ambientales, nos parece apropiada la integración de este tipo de incentivos y cargas, sin embargo deja en evidencia la necesidad de perfeccionar la regulación existente y dictar nueva normativa que permita tratar apropiadamente las reparaciones materiales de los ecosistemas

33 Una revisión sobre la restauración de ecosistemas en Chile puede encontrarse en: Candia, Paula, "El deber de restaurar ecosistemas a la luz de instrumentos y estándares sobre derechos humanos y del medio ambiente, y su implementación en Chile", en Schönsteiner, Judith y Carmona, Cristóbal (Eds.), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2023 (2023),* (Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho), 2023, pp. 405-448.

dañados, no solo respecto de su procedimiento y actores involucrados, sino que también en relación con su estándar, responsabilidad, seguimiento y comprobación en el tiempo, reconociendo que en muchas situaciones, un proceso recuperativo puede demorar años antes de que podamos comprobar sus resultados.

Finalmente, no está demás destacar que, por definición, la atenuante muy calificada tendría solo relevancia en el caso de los delitos de resultado y no en aquellos de mera actividad que no han ocasionado daño ambiental. Asimismo, el resultado material del delito debe ser el daño ambiental, para lo que nuevamente se torna relevante determinar cómo se relacionarán los tribunales con competencia penal y aquellos con competencia ambiental.

4. Reflexiones prácticas en relación con ciertos tipos penales

Las reflexiones que se pueden plantear con respecto a la aplicación práctica de la Ley N° 21.595, son múltiples y variadas. Sin embargo, para efectos de este artículo, la exposición se centra en algunos tópicos referidos a la integración de procedimientos administrativos en curso o terminados, al procedimiento penal. Esto representa desde ya, uno de los grandes desafíos en que las garantías procesales de uno y otro procedimiento difieren, y en que los incentivos de uno y otro también son disímiles.

Sin ir más lejos, en el procedimiento administrativo sancionatorio existen incentivos concretos a colaborar con la Administración del Estado, pues ello incide en la determinación de las sanciones específicas a aplicar[34], sin embargo, con el régimen especial de las atenuantes, atenuantes muy calificadas y agravantes de la LdE, esta colaboración no tendría el mismo impacto que en sede administrativa[35], pudiendo generarse con ello, incentivos disímiles e inclusive incentivos a no colaborar con la investigación penal, la cual persigue responsabilidades penales individuales y que, eventualmente puede acarrear responsabilidad penal de la persona jurídica, en caso de que ésta no haya adoptado las medidas de prevención del delito necesarias.

Si bien las reflexiones teórica-prácticas que se derivan de la LdE son múltiples, tal como se indicó, las reflexiones que se plantean en esta sección dicen relación con (i) los tipos penales que involucran materias vinculadas al Sistema

34 En este sentido, el artículo 40 de la LO-SMA, señala en su literal i), que para determinar las sanciones específicas, la SMA podrá considerar una serie de factores, que detalla en las "Bases metodológicas para la determinación de sanciones ambientales" de la SMA, entre las que se contemplan: (i) la cooperación eficaz del infractor y; (ii) la adopción de medidas correctivas por el mismo.

35 La Ley N° 21.595, señala en los artículos 13 y 14 las atenuantes y atenuantes muy calificadas de delitos económicos.

de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA); y (ii) tipos penales que involucran materias vinculadas a la Superintendencia del Medio Ambiente.

4.1. Reflexión práctica - Artículo 305. El tipo penal no indica expresamente que un organismo administrativo determine que se trata de una elusión o fraccionamiento[36].

Incorporar el procedimiento administrativo en el penal, tiene y tendrá una serie de desafíos, pues no se indica en qué estado debe estar el primero para poder iniciar el segundo. Ello es especialmente relevante, considerando que el tipo penal exige *conocimiento* de que el proyecto o actividad requería ingresar al SEIA y, aun así, la persona natural o jurídica, no ingresó a sabiendas de tener que hacerlo. Es decir, no requiere que se inicie un procedimiento sancionatorio a su respecto por parte de la SMA (organismo exclusivamente competente), para determinar que existe una infracción (elusión/fraccionamiento)[37]. Si bien, pareciera ser de toda lógica que siendo la SMA el organismo competente por ley, para determinar si se está o no ante una elusión o fraccionamiento, el tipo penal realizara una remisión a un acto administrativo que lo determine. Sin embargo, la redacción del artículo nada señala a su respecto, ni tampoco se indica de esa manera en la Historia de la LdE, generando dudas sobre cuál sería el hito de inicio de ejecución del delito.

Ello lleva a preguntarse si, por ejemplo, el Servicio de Evaluación Ambiental, en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto o actividad, podrá o deberá representarse si un titular está ante posibles conductas delictivas reguladas por la LdE y derivar en etapas muy tempranas de evaluación, los antecedentes al Ministerio Público, ponderando tentativas de delito[38]. Esto es aún más relevante,

36 El artículo 11 bis de la Ley N° 19.300, establece que los proponentes no podrán, **a sabiendas**, fraccionar sus proyectos o actividades con el objeto de variar el instrumento de evaluación o de eludir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

37 "Artículo 35.- Corresponderá exclusivamente a la Superintendencia del Medio Ambiente el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las siguientes infracciones:
b) La ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella. Asimismo, el incumplimiento del requerimiento efectuado por la Superintendencia según lo previsto en las letras i), j), y k) del artículo 3º".

38 Según la doctrina, el inicio de la tentativa de un delito cualquiera depende de que el agente quede en posición de ejecutar u omitir una acción que, de ser acertada su representación de las circunstancias que configuran la situación, habría de llegar a ejemplificar el tipo de acción sometido a prohibición o requerimiento. Así formulado, el criterio de la inmediatez-de-acción opera como un estándar objetivo, cuya aplicación queda referida a las circunstancias fácticas que el agente tiene por existentes (Kühl; 1980b, pp. 811 y 813; fundamental al respecto, Fiedler, 1967, p. 92). Ver en: Mañalich, Juan Pablo, "Principio de ejecución e inmediatez-de-acción: una reconstrucción aplicativa del art. 7º, inc. 3º del Código Penal chileno", en Revista de Derecho, vol. 28, (Universidad Católica del Norte), 2021. Disponible en: https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/184988/Principio-de-ejecución.pdf file.cl

considerando los deberes funcionarios plasmados en el artículo 61, literal k) del Estatuto Administrativo[39].

Lo anterior, al margen de que el propio RSEIA establezca un mecanismo indirecto, que busca evitar precisamente este tipo de situaciones. Así, por ejemplo, el artículo 36 del D.S. N° 40/2012, regula la figura del "*Término anticipado del procedimiento*" para Estudios de Impacto Ambiental, la cual procede cuando el Estudio carece de información relevante o esencial para su evaluación que no pudiera ser subsanada mediante aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones. Ahora bien, se entenderá que carece de información relevante para su evaluación, cuando no se describen todas las partes, obras o acciones del proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, o sus distintas etapas; y se entenderá que carece de información esencial para su evaluación cuando, sobre la base de los antecedentes presentados, no es posible evaluar la presencia o generación de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley, ni determinar si las medidas de mitigación, reparación y compensación propuestas son adecuadas, así como tampoco la efectividad del plan de seguimiento. En el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental, el término anticipado se regula en el artículo 48 del RSEIA y, en este caso, se entenderá que carece de información relevante o esencial para su evaluación, cuando no es posible determinar la inexistencia de efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la ley 19.300. En base a lo recién expuesto, resulta evidente, que este es un primer control reglamentario de una posible elusión o fraccionamiento al SEIA.

Sin embargo, la LdE nada indica sobre cuándo o cómo verificar el delito, por lo que podría darse el caso que el SEA derive los antecedentes al Ministerio Público, a la par que a la SMA. La coordinación entre los servicios públicos será crucial para resolver esta encrucijada[40].

---

39 D.F.L. N° 29, Que Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, Artículo 61, k): Denunciar, con la debida prontitud, ante el Ministerio Público, las policías, o ante cualquier tribunal con competencia criminal, los hechos de los que tome conocimiento en el ejercicio de sus funciones, y que revistan caracteres de delito.

40 Véase por ejemplo: Infofirma.sea.gob.cl, Resolución Exenta N ° 20240310127, de 16 de febrero de 2024, del Servicio de Evaluación Ambiental de Atacama, que "Pone término a procedimiento de evaluación de impacto ambiental del proyecto 'Prospección Minera Proyecto El Encierro'". Disponible en: https://infofirma.sea.gob.cl/DocumentosSEA/MostrarDocumento?docId=2024/02/16/2715-bcf7-4668-913a-037eb9cfd049 A mayor abundamiento, en el caso concreto, el SEA de Atacama, derivó los antecedentes al Ministerio Público, por eventualmente haber incurrido la empresa, en el delito plasmado en el artículo 37 bis, literal a) de la LO-SMA, quien *"…maliciosamente en la evaluación de impacto ambiental de un proyecto presentare información que ocultare, morigerare, alterare o disminuyere los efectos o impactos ambientales futuros… de un modo tal que pudiere conducir a una incorrecta aprobación de la resolución de calificación ambiental"*.

Para el caso de las elusiones y fraccionamientos de proyectos, la entidad fiscalizadora, dictó recientemente la Resolución Exenta N° 1.445, de 16 de agosto de 2023, sobre cómo proceder en caso de ocurrencia de una elusión o fraccionamiento y regular así, cuándo y cómo requerir de ingreso al SEIA a titulares, oportunidad de iniciar el procedimiento sancionatorio en forma simultánea, entre otros. Desde ya, advertir que la SMA y el Ministerio Público, firmaron un Convenio de Participación, por medio de la Resolución Exenta N° 1.600, de 12 de septiembre de 2023, el cual busca establecer un canal de cooperación y mesa de trabajo entre ambos organismos; capacitar a funcionarios profesionales de la SMA y del Ministerio Público en cuanto el funcionamiento de cada entidad. En el caso del Ministerio Público, éste capacitará sobre persecución e investigación penales, y delitos medioambientales; entrega de información y estadísticas respecto de denuncias recibidas en materia de delitos ambientales; organizar instancias de difusión de actualizaciones en cambios normativos. En el caso de la SMA, capacitará en materia de infracciones administrativas ambientales, procedimiento administrativo sancionador y el funcionamiento de la SMA; entrega de información y estadísticas respecto de las denuncias recibidas por la SMA, su gestión y fiscalización. De momento, el SEA y el Ministerio Público, no han anunciado la dictación de un Convenio de Participación o de Colaboración en estas materias, que pudiera orientar sobre cómo se dará curso a estas materias, por lo que habrá que estar atentos a su desarrollo.

4.2 Reflexión práctica - Artículo 311, sexies, inciso tercero. La Consulta de Pertinencia, una figura que se resiste a morir.

Como se anunció previamente, la LdE en el artículo 311 sexies inciso tercero, indica que es la declaración administrativa de no estar obligado a someter a una evaluación de impacto ambiental un proyecto o actividad, la que exime de responsabilidad, salvo que se haya obtenido bajo cohecho, coacción u otra de las hipótesis allí indicadas.

Ahora bien, de la simple lectura del precepto normativo, si bien nada señala sobre que sea la Consulta de Pertinencia el único mecanismo para excluir de responsabilidad, lo cierto es que hoy (fines de 2023), es la herramienta que tiene el SEA, para declarar que, un proyecto o actividad, de conformidad a los antecedentes que el titular le proporcione, no debe ingresar al SEIA, por no verificarse ninguna de las tipologías de ingreso del artículo 10 de la Ley N° 19.300, ni tampoco, porque se generen modificaciones de consideración a proyectos ya evaluados o a actividades previas, que requieran ingresar al SEIA, de conformidad a lo indicado en el artículo 2, literal g) del RSEIA. Sin embargo, para que sirva como

eximente de responsabilidad, la Consulta de Pertinencia debe haberse ejecutado en los términos que fue consultada, de lo contrario, no serviría de alero jurídico[41]. Presumiblemente, el foco de la investigación penal podrá estar centrada en estos aspectos.

Lo curioso es que, en la reforma al SEIA (Boletín N° 16.552-12)[42], la figura de la Consulta de Pertinencia se elimina del esquema regulatorio por *"no agregar un valor especial"*[43]. La reforma supone sustituir una declaración jurada, sin requisito de admisibilidad[44]. En el proyecto de ley, actualmente en tramitación, se indica que la declaración jurada, llevará la firma de un consultor inscrito en un registro y será incorporada a los expedientes de las RCA, y se derivará a la SMA para que sea considerada en las actividades de fiscalización del proyecto o actividad original. Ahora bien, la Consulta de Pertinencia como tal, tiene su fundamento en el artículo 19 número 14 de la Constitución Política de la República, es decir, se encuentra amparado en el derecho a petición. Dicho ello, si bien puede ser eliminada del esquema regulatorio formal, es una figura que seguirá siendo utilizada por la comunidad regulada, por existir a su respecto, un amparo constitucional.

Sumado a lo anterior, regular esta figura en la LdE no hizo sino tener un efecto precisamente inverso a lo querido por el Ejecutivo, de que se eliminaran del esquema regulatorio, siendo así una figura que se resiste a morir. Es más, hasta que no se haga realidad la reforma al RSEIA, el Servicio de Evaluación Ambiental podría experimentar en los próximos meses, un gran número de ingreso de consultas de pertinencia de proyectos o actividades, con el fin de contar con una declaratoria administrativa que ampare a los titulares frente a las hipótesis que tienen relación con los delitos contenidos en la LdE o incluso para regularizar situaciones previas a la entrada en vigor de la ley.

Más allá de la discusión de si es o no la Consulta de Pertinencia el mecanismo *ad hoc* para resolver lo que el artículo 311 sexies plantea, lo cierto es que deja en

41 Dictámenes Contraloría General de la República N° 44.032 y N° 52.241, ambos del año 2002; Dictamen N° 20.477, del año 2003; y Dictamen N° 80.276, del año 2012.

42 Camara.cl, Modifica diversos cuerpos legales, con el objeto de fortalecer la institucionalidad ambiental y mejorar su eficiencia. Disponible en: https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=17120&prmBOLETIN=16552-12

43 Ver: Mma.gob.cl, Gobierno alista ingreso de reforma al SEIA en diciembre y define principales propuestas, 28 de septiembre de 2023. Disponible en: https://mma.gob.cl/gobierno-alista-ingreso-de-reforma-al-seia-en-diciembre-y-define-principales-propuestas/#:~:text=Consultas%20de%20pertinencia%20En%2el%20Gobierno%20existe%20convencimiento,seguir%20existiendo%20al%20no%20agregar%20un%20valor%20especial.

44 Con fecha 17 de noviembre de 2023, en Sesión Extraordinaria del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático, se aprobó la Reforma a la Ley de Bases del Medio Ambiente (Ley N° 19.300).

evidencia la poca flexibilidad del SEIA y de la Resolución de Calificación Ambiental como instrumento propiamente tal y que el SEIA tiene aún desafíos por delante, referidos precisamente a incorporar de manera más eficaz y expedita los cambios operacionales, por ejemplo, que requiere el desarrollo de proyectos o actividades.

4.3 Reflexión práctica - Artículo 311, sexies, inciso primero. ¿Quién responde por los efectos en el medio ambiente de una autorización administrativa inválida?

El artículo 311 sexies inciso primero, señala que "cuenta con la autorización correspondiente quien la tiene en el momento del hecho, aun cuando ella sea posteriormente declarada inválida". Ello en directa aplicación del principio de confianza legítima[45] para con la Administración del Estado. Ello implica, por ejemplo, que una declaración administrativa de un proyecto o actividad puede señalar al día de hoy, que no requiere ingresar al SEIA, sin embargo, tras la interposición de recursos administrativos y/o judiciales, se determina que el acto administrativo no se ajustó a derecho y, por tanto, el proyecto o actividad ejecutado en ese tiempo intermedio, bajo una declaratoria que derivó finalmente en inválida, de igual forma se encontraría exento de responsabilidad.

Si bien, el artículo 311 sexies habla específicamente de autorizaciones y la Consulta de Pertinencia no corresponde a un acto autorizatorio propiamente tal, sino a un pronunciamiento del SEA, lo cierto es que, de igual forma, ese acto administrativo puede ser objeto de una invalidación administrativa, por lo que, para fines prácticos, se entenderá que opera como una "autorización", aun sin serlo. Así se desprende de la discusión parlamentaria, de la LdE, en la que el profesor Bascuñán indica "(...) que la respuesta a la duda planteada se encuentra en el artículo 305 bis del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados que, de acuerdo a las indicaciones formuladas, pasa a ser artículo 306 bis. Tal artículo, agregó, dispone que quien cuente con una autorización administrativa actúa conforme al sistema, aunque tal autorización sea declarada inválida con posterioridad, salvo que se haya obtenido mediante cohecho o coacción. En el mismo orden de ideas, afirmó que quien consulta si está sujeto a un deber de evaluación y recibe la respuesta de que no lo está, debe entender que dicha respuesta opera como autorización".

45 Bermúdez, Jorge, "El Principio de Confianza Legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria". en Revista de Derecho (Valdivia), vol.18, n.2, (Universidad Austral de Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales), 2005. pp. 83-105. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502005000200004&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200004.

Ahora bien, de conformidad a lo dispuesto en el 53 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, el plazo para solicitar la invalidación de un acto administrativo es de dos años desde la notificación o publicación del acto. Luego de ello, tras la interposición de una solicitud de invalidación, la cual puede ser interpuesta casi al cumplirse el periodo de dos años establecidos por ley, la Dirección Ejecutiva del SEA, puede tardar al menos seis meses a un año en resolver el caso. Luego de ello, los interesados podrán interponer una reclamación judicial, en virtud del artículo 17 numeral 8 de la Ley N° 20.600, que Crea los Tribunales Ambientales, cuyo proceso tarda aproximadamente, entre uno a dos años en resolverse. Al cabo del cual, las partes interesadas, pueden interponer recursos judiciales ante la Excma. Corte Suprema, en particular, el recurso de casación. Por tanto, este escenario recursivo, genera una gran ventana de tiempo en que el proyecto o actividad se encontrará amparado por una autorización aun cuando esta se torne ilegal. Sin embargo, en esta hipótesis penal, no existe un mecanismo para hacerse cargo de los efectos producidos en el medio ambiente durante el tiempo intermedio, existiendo un evidente vacío regulatorio en este aspecto.

4.4 Reflexión práctica - Artículo 306. Utilización de conceptos que no resultan unívocos en el ordenamiento jurídico administrativo.

El tipo penal incorpora elementos que no resultan unívocos en el ordenamiento jurídico administrativo. Uno de ellos, es el concepto de "unidad sometida a control de la autoridad" y el otro, se encuentra referido al rango de clasificación jurídica de "graves o gravísimas". Esto resultará interesante, pues el tipo penal, podrá considerar las sanciones de cualquier órgano del Estado con competencia sancionatoria en materia ambiental, es decir, Dirección General de Aguas, Seremi de Salud, Superintendencia del Medio Ambiente, Sernageomin, entre otros[46].

En primer lugar, el concepto de "unidad sometida a control de la autoridad" no tiene correlato ni definición en la legislación ambiental propiamente tal. La única definición que existe es una definición infra legal, contenida en una Resolución Exenta de la Superintendencia del Medio, la Resolución Exenta SMA N° 1184 de 2015, que dicta e instruye normas de carácter general sobre fiscalización ambiental. En ella, se recoge el concepto de "Unidad Fiscalizable", que es aquella

46 Sobre este punto, es de indicar que, en la Historia de la LdE, el tipo penal se encontraba directamente vinculado a las competencias de la Superintendencia del Medio Ambiente, sin embargo, tras el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, las referencias a ese origen se fueron diluyendo en el camino y la redacción quedó bastante más amplia que lo originalmente contemplado.

unidad física en la que se desarrollan obras, acciones o procesos, relacionados entre sí y que se encuentran regulados por uno o más instrumentos de carácter ambiental de competencia de la SMA. Desde ya, se advierte que es un concepto que habrá que dotar de contenido, considerando que la referencia a "unidad sometida a control de la autoridad", difiere del concepto de "Unidad Fiscalizable". Es más, este concepto podría extenderse a materias referidas a temas corporativos u organizacionales de una empresa por ejemplo, y nada tener que ver con el lugar o unidad física donde se desarrollan proyectos o actividades. O bien, diferir según sea la autoridad que evalúa el control, por ejemplo, la Dirección General de Aguas, podría evaluar desde una perspectiva de cuenca el proyecto o actividad, lo que es más amplio que la "Unidad Fiscalizable" como tal.

Sobre este punto, la SMA quien también se encuentra tramitando en el Congreso una reforma a la Ley Orgánica de la institución (Boletín N° 16.553-12)[47], deberá procurar incorporar el concepto de Unidad Fiscalizable a la LO-SMA y/o bien, estandarizar el concepto con el de "unidad sometida a control de la autoridad".

En segundo lugar, el artículo indica que se considerará el comportamiento del infractor en un periodo previo de 10 años al hecho punible, analizando si éste hubiera sido sancionado por infracciones graves o gravísimas, cometidas a su vez, en relación a una misma unidad de control. Tal como se esbozó anteriormente, solo algunas leyes establecen con claridad que se refiere a un rango de infracciones graves o gravísimas. Entre ellas, la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, que regula la clasificación de infracciones en el artículo 36 de la misma, numerales 1 y 2; la reciente Ley N° 21.600 que Crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas, la cual en su artículo 118, establece que las infracciones podrán ser gravísimas, graves o leves. Finalmente, la Resolución Exenta N° 1.222 de 29 de julio de 2020, del Servicio Nacional de Geología y Minería, que establece cuáles obligaciones del D.S. N° 132/2002, Reglamento de Seguridad Minera, son gravísimas, graves o leves. Es interesante este último ejemplo, pues esta categorización se realiza mediante una Resolución Exenta.

Expuesto lo anterior, se observa que salvo por contadas legislaciones muy específicas, el resto no contiene una clasificación de infracciones que pudiera ser asimilable a "graves o gravísimas". Esto en la práctica, supondrá sin dudas problemas

47 Camara.cl, Fortalece y mejora la eficacia de la fiscalización y el cumplimiento de la regulación ambiental a cargo de la Superintendencia del Medio Ambiente, modificando al efecto el artículo segundo de la ley N° 20.417, y regula otras materias que indica. Disponible en: https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=17133&prmBOLETIN=16553-12

prácticos o soluciones ingeniosas por parte de los Órganos de la Administración del Estado.

4.5 Reflexión práctica - Artículo 37 bis, literal c) de la LO-SMA. ¿Quién define la completitud de la información?

El tipo penal señala en su tercera hipótesis, que aquel que maliciosamente presentare a la SMA, información falsa o incompleta para acreditar sus obligaciones, podrá incurrir en la conducta punible. Con respecto a qué se entiende por información falsa, el Código de Procedimiento Civil, establece los estándares de cuándo una información puede entenderse como falsa o verdadera, por lo que fácilmente se puede recurrir a dichos criterios para establecer el umbral. Sin embargo, podría darse el caso, que siendo falsa la información, la SMA desestimara ese medio probatorio en la determinación de sanciones, considerando que el sistema de valoración de la prueba corresponde a la sana crítica, por tanto, se daría el caso, que el bien jurídico protegido, que es no defraudar el sistema, no habría cumplido su fin. Sin embargo, de igual modo debería remitir los antecedentes al Ministerio Público, por verificarse la hipótesis del artículo 37 bis de la LO-SMA.

Luego, en el caso de la información incompleta, y tal como plantea la reflexión, **¿quién determinará la completitud de la información?** Es de recordar que la SMA, en virtud del artículo 3° de la LO-SMA, puede requerir a los sujetos sometidos a su fiscalización, información para acreditar las obligaciones de los instrumentos de gestión ambiental de su competencia. Puede hacerlo en sede de investigación preliminar (División de Fiscalización) o en una etapa de investigación más formalizada (División de Sanción y Cumplimiento). Lo cierto es, que un mismo sujeto fiscalizado, puede ser requerido de información varias veces para evaluar el cumplimiento de sus obligaciones, pues cada requerimiento perseguirá objetivos distintos, ya sea para precisar información, aportar antecedentes actualizados, etc.

Dicho ello, se reitera la pregunta, **¿bajo qué criterio se evaluará la completitud?** Al revisar la Historia de la LdE se observa que la incorporación del vocablo "incompleta" no fue en lo absoluto pacífico. Es más, la misma Superintendencia del Medio Ambiente señaló en la discusión parlamentaria que sería conveniente, en sede penal, "focalizarse en la entrega de información falsa, de manera que la de información incompleta se conozca en un proceso sancionatorio, que sí cuenta con herramientas para afrontar esa conducta por parte del infractor". Ahora bien, otros pasajes de la discusión parlamentaria parecieran otorgar más luces al respecto, pues se indica que "esa información incompleta se entiende como un engaño concluyente o uno implícito porque genera una falta representación de la información".

Posiblemente, esto implicará modificaciones a las Guías Metodológicas de la Superintendencia del Medio Ambiente, pues en el catálogo de infracciones del artículo 35 de la LO-SMA, la completitud o falta de ella, no es una infracción en sí. Ahora bien, la información incompleta no deberá ser evaluada formalmente, sino que deberá ser evaluada con el objetivo que resguarda el tipo penal.

4.6 Reflexión práctica - Artículo 37 ter, literal b) de la LO-SMA. ¿Cómo se impide u obstaculiza significativamente las actividades de fiscalización de la SMA?

Hasta antes de la incorporación del artículo 37 ter, literal b), la LO-SMA, regulaba la materia en su artículo 36 numeral 1, literal e), en similares, pero no idénticos términos. Este artículo señala que, serán clasificados de infracción gravísima, los hechos, actos u omisiones que *"hayan impedido deliberadamente la fiscalización, encubierto una infracción o evitado el ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia"*. De la lectura se observa que este literal contempla dos hipótesis en que el elemento volitivo es central, esto es impedir deliberadamente la fiscalización y encubrir una infracción, no siendo aplicable el requisito volitivo, para la hipótesis restante de la calificante, es decir, el haber evitado el ejercicio de las atribuciones de la SMA.

El último supuesto no volitivo, es el que más desarrollo ha tenido a nivel sancionatorio en la SMA[48], es decir, ha sido utilizada la figura para clasificar infracciones gravísimas cuando no se hubiera remitido la información por un periodo de tiempo, debiendo hacerlo para poder evaluar por ejemplo, el cumplimiento anual o periódico de una norma de emisión y con ello, se evita el ejercicio de las atribuciones de la SMA[49].

Luego, los casos en que ha concurrido el supuesto volitivo son exiguos en la historia sancionatoria de la SMA y obedecen a casos más extremos. Entre

48 Ver en este sentido Procedimiento sancionatorio en curso, Rol D-088-2021, Proyecto Minero Atacama Kozan, (sma.gohttps://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2552b.cl); y Procedimiento sancionatorio Rol A-002-2013, Proyecto Minero Pascua Lama, (sma.gohttps://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1b.cl), en que se sancionó a la Compañía, además de otros cargos, por 3 infracciones vinculadas a la clasificación del artículo 36, numeral 1, literal e) de la LO-SMA.

49 Por ejemplo, cuando no se reporta información de los autocontroles del D.S. N° 90/2000 en un periodo importante del año, lo que impide evaluar el comportamiento periódico de la norma de emisión en el cuerpo receptor. O bien, que no se reporte la información de los monitoreos CEMS durante dos meses, referidos al D.S. N° 13/2011, que Establece la Norma de Emisión para Centrales Termoeléctricas, lo que impide con ello, la evaluación completa de la norma en el periodo anual.

ellos, se encuentra el procedimiento seguido en contra de Minera La Española[50], Rol D-012-2014, en que el titular realizó una serie de *actos deliberados* para obstaculizar e impedir la fiscalización de la SMA. Pareciera ser que es éste el caso que inspiró la redacción del artículo, al utilizar las palabras "impidiere u obstaculizare significativamente" y es éste el supuesto que debería considerarse para el tipo penal del artículo 37 ter literal b) y no aquellos referidos a haber evitado las atribuciones de la SMA.

De lo contrario, si la SMA cambiara de criterio, el derecho penal no estaría siendo utilizado como última ratio del sistema regulatorio.

5. Conclusiones

La incorporación y entrada en vigor de los nuevos delitos ambientales incluidos en el párrafo 13 del Código Penal, es sin duda un avance significativo para la protección del medio ambiente y de la institucionalidad preventiva y de control actualmente vigente. Aunque perfectibles, los nuevos tipos penales vienen además a saldar una deuda en materia penal ambiental, sentando las bases para el desarrollo y fortalecimiento del área durante los próximos años.

Debido a la técnica legislativa utilizada y al contenido mismo de los tipos penales, se observan ciertas debilidades y atrasos en los instrumentos de gestión ambiental, así como en la actualización de ciertos tópicos del derecho ambiental en general. En este sentido, es importante revisar el rol y situación actual de las normas de calidad ambiental y emisión, así como de los planes de prevención y de descontaminación, especialmente en las áreas de agua y suelos. Por otro lado, si bien es positiva el reconocimiento de la reparación de daños ambientales dentro del proceso penal, es necesario que se revisen los estándares de dichas acciones, así como la coordinación existente entre los diversos organismos que pudieren tener competencia al respecto.

Asimismo, se plantean algunas dudas teórico-prácticas que con la entrada en vigor de la LdE surgen de manera evidente. En una primera aproximación, nos parece relevante que se revisen las interrogantes sobre la figura del fraccionamiento, la consulta de pertinencia, la autorización administrativa inválida, o el uso de conceptos que no son unívocos en el ordenamiento jurídico administrativo. Lo mismo ocurre con algunas dudas en el contexto de presentación de información a la SMA, respecto a quién define la completitud de información y bajo qué

50 Snifa.sma.gob.cl, Expediente: D-012-2014, 25-06-2024. Disponible en: https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/1145

criterios, y cómo afrontar la posible obstaculización de las actividades de fiscalización de ésta.

Considerando la atención que ha tenido la incorporación de los nuevos tipos penales ambientales, las observaciones realizadas en el presente comentario y muchas otras que no han podido ser mencionadas, deberían ser abordadas por la autoridad a fin de unificar criterios a nivel de la administración, así como determinar si es necesario ingresar modificaciones que permitan implementar los nuevos tipos penales de manera armónica con la regulación ambiental vigente.

DESARROLLO DE LA ACUICULTURA EN ÁREAS PROTEGIDAS: UN ESTADO, DOS ALMAS

Felipe Leiva S[1] *y Rubén Henríquez N*[2].

Resumen

El presente Artículo analiza la situación generada por la localización de centros de cultivos acuícolas en áreas protegidas del Estado, especialmente en la Reserva Nacional Kaweskar. A juicio de los autores se aprecia una falta de consistencia regulatoria en materia de protección ambiental, cuestión que ha impedido regular y armonizar los distintos usos -exclusivos o coexistentes- al interior de estas áreas, reflejado, y a modo de ejemplo, en la creación de áreas protegidas en las que existe desarrollo de actividades de acuicultura, sin embargo, se omite dotar dichas áreas de los respectivos planes de manejo que permita adecuar las condiciones de operación y funcionamiento de las distintas actividades desarrolladas al interior de ellas con la protección que se aspira al categorizarles como tal, o por otro lado, la uniformidad, hasta ahora, en la evaluación ambiental de proyectos de acuicultura, sea que se ubiquen dentro o fuera de áreas protegidas. Se aboga por un adecuado diagnóstico y decisión que permita fijar las reglas y condiciones para un uso compatible con protección cierta y equilibrio ecológico, que resuelva las debilidades institucionales ante la debida, necesaria y adecuada protección de estos espacios y ecosistemas marinos, asegurando su preservación, conservación y restauración ecológica y, alcanzar, efectivamente, el equilibrio entre desarrollo económico y protección del medio ambiente.

1 Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. LLM in energy and environmental law, Tulane University. Profesor de pregrado en la cátedra de Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Profesor del Magíster en Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la Universidad de Desarrollo. Socio de Andrade Leiva Abogados. Correo electrónico: fleiva@andradeleiva.cl.

2 Abogado, Magíster en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de pregrado en la cátedra de Derecho Ambiental de la Universidad San Sebastián. Correo electrónico: rubenhenriquezn@outlook.com.

1. Introducción

La expansión de la industria acuícola en Chile es el resultado de una serie de políticas públicas y regulaciones impulsadas por el Estado, lo que la ha posicionado como la tercera actividad exportadora del país, solo detrás de la minería y la actividad forestal[3]. Como toda actividad basada en la explotación de recursos naturales su desarrollo no ha estado exento de dificultades y conflicto socioambientales producto de su despliegue a lo largo del país, especialmente en el territorio de las regiones del sur de Chile[4]. Al respecto, basta recordar la situación generada el año 2008 por la presencia del virus ISA, o la mortandad masiva de peces producto de la marea roja en 2016 o reiterados incidentes relacionados con el escape de peces producto de la rotura de las redes de los centros de cultivo y engorda[5].

Como controversias recientes podemos identificar el aumento de la fiscalización y los numerosos procedimientos de sanción incoados por la Superintendencia del Medio Ambiente debido al incumplimiento de los límites de producción autorizados en las respectivas Resoluciones de calificación ambiental y, materia que motiva este artículo, la instalación y desarrollo de actividades acuícolas en áreas protegidas[6]. La relevancia del conflicto es tal que desencadenó apasionadas discusiones con motivo de la reciente dictación de la Ley 21.600, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas ("Ley SBAP")[7]. Sin embargo, como veremos en este artículo, la controversia viene incubándose desde hace por lo menos una década, producto de una serie de decisiones administrativas y legislativas que han incidido sustancialmente en las decisiones de localización de la actividad acuícola y que, en algunos casos, han terminado por judicializar su instalación en áreas protegidas con resultados aun inciertos[8].

3 Aduana.cl, Exportaciones por productos año 2022, Unidad de Análisis Estadísticos.

4 Ver: Informe Industria Salmonera en Chile y Derechos Humanos. Evaluación de Impacto Sectorial (2021). Disponible en: https://bibliotecadigital.indh.cl/items/37b32e37-d88d-4a72-a3b5-f9213c74c36f

5 Corte Suprema, Rol Nº 34.594-2017, 22-05-2018, C° 8: "Que, así se aprecia que las instituciones involucradas omitieron desplegar alguna actividad que aminorara los efectos que esa condición climática, que era conocida con anticipación, podía producir sobre los cultivos acuícolas, como efectivamente sucedió, y en tan gran magnitud". Nota de Prensa: Gob.cl, Comisión científica ratifica que vertimiento de salmones no provocó la marea roja, 25 de noviembre de 2016. Sernapesca.cl, Declaración por fallo de la Corte Suprema sobre vertimiento de mortalidad de salmones, de 24 de mayo de 2018.

6 3ta.cl, Tribunal Ambiental no autorizó revocación de la RCA del Centro de Salmones Cockburn 23 de nova austral, 20 de noviembre de 2023. Disponible en: https://3ta.cl/noticias/tribunal-ambiental-no-autorizo-revocacion-de-la-rca-del-centro-de-salmones-cockburn-23-de-nova-austral/

7 Df.cl, Rojas reitera que Ley SBAP no afectará actuales salmoneras, de 25 de mayo de 2023.

8 Tercer Tribunal Ambiental, Rol N° 16-2021 (acumulada Rol N° 17-2021), 27 de diciembre de 2022; Rol N° 24-2022 (acumulada Rol N° 27-2022), 19 de julio de 2023; Rol N° 25-2022 (acumulada Rol N° 26-2022), 05 de junio de 2023; Rol N° 40-2022 (acumulada Rol N° 41-2022), 25 de abril de 2023.

Por otra parte, el año 2023 será recordado como aquél donde se saldó una de las mayores deudas del ordenamiento jurídico ambiental: la creación de la institucionalidad sobre áreas protegidas. Pese a que dicha institucionalidad fue constantemente postergada a través de las décadas, su ausencia no fue obstáculo para que el Estado, mediante la utilización de distintas normas legales, de igual forma estableciera áreas protegidas en más del 21% del país[9]. Sin embargo, este destacable esfuerzo careció de una regulación integradora y ha obedecido a los énfasis que en cada administración de gobierno se le ha querido dar. Esta carencia ha sido especialmente notoria, sino trágica, respecto de la regulación de las áreas protegidas en áreas donde se desarrolla la acuicultura, lo que ha conllevado a la controversia que se pretende abordar en este artículo.

De esta manera, el propósito de este artículo es describir y analizar la controversia generada por el desarrollo de la actividad acuícola en áreas protegidas intentando explicar cómo las decisiones regulatorias han influido en ella y si la Ley SBAP contribuye a su solución.

Para lo anterior, en primer lugar se realizará una breve reflexión sobre la regulación aplicable la actividad acuícola con incidencia en su localización y el medio ambiente[10]. Posteriormente, se revisará las normas aplicables a la actividad acuícola en áreas protegidas a la luz de la jurisprudencia y la reciente Ley SBAP. Finalmente se reflexionará y entregarán nuestras conclusiones sobre la materia.

Como palabras finales, esperamos que este artículo sea considerado un aporte a la discusión regulatoria sobre la necesaria y ansiada compatibilidad que debe existir entre la protección ambiental y el crecimiento económico bajo el prisma de los pilares del desarrollo sustentable.

2. Breve reflexión de las normas aplicables a las concesiones acuícolas y la regulación ambiental de sus actividades

Según la Ley General de Pesca y Acuicultura (LGPA) la concesión de acuicultura es el acto administrativo mediante el cual el Ministerio de Defensa Nacional otorga a una persona, los derechos de uso y goce, por el plazo de 25 años renovables, sobre determinados bienes nacionales, para que ésta realice en ellos actividades

9 Conaf.cl, SNASPE, Proteger las áreas silvestres protegidas del Estado contra el fuego, es una prioridad para CONAF. Disponible en: https://www.conaf.cl/incendios-forestales/prevencion/proteccion-snaspe/#:~:text=El%20Sistema%20se%20compone%20actualmente,del%20territorio%20continental%20de%20Chile

10 Para efectos de este artículo, nos enfocaremos en las actividades que se desarrollan en concesiones de acuicultura, ubicadas en el territorio marítimo.

de acuicultura[11]. Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 de la LGPA, la concesión de acuicultura se debe localizar, en alguna de las áreas fijadas mediante decreto del Ministerio de Defensa Nacional como apropiadas para el ejercicio de la acuicultura, por grupo o grupos de especies hidrobiológicas. La determinación de las áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura ("AAA") corresponde a la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura, con la debida consulta a los organismos encargados de usos alternativos de esos espacios, considerando especialmente, la existencia de recursos hidrobiológicos o de aptitudes para su producción y la protección del medio ambiente[12].

En este contexto, una vez otorgada la concesión dentro de alguna zona definida como AAA el titular de la concesión de acuicultura debe iniciar operación dentro del plazo de un año contado desde la entrega material y no debe paralizar operaciones por más de 2 años consecutivos. Además, de conformidad con el artículo 84 de la LGPA los titulares de concesiones de acuicultura pagarán anualmente una patente única de acuicultura.

Como puede apreciarse, la definición del emplazamiento y localización de las concesiones de acuicultura no queda entregada a la voluntad del titular de una concesión, sino que estará determinada por la existencia previa de las zonas definidas como áreas apropiadas para el ejercicio de la acuicultura (AAA), es decir, espacios en aguas marítimas sobre bienes nacionales de uso público, fijados por uno o más decretos supremos del Ministerio de Defensa, de conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la LGPA para el desarrollo de actividades de acuicultura, de manera no excluyente con otros usos, actividades y usuarios, como concesiones marítimas, áreas de manejo que puedan otorgarse dentro de ellas. . Asimismo, otro elemento que incide en la localización de las actividades acuícolas está determinada por la caracterización preliminar del sitio (CPS) esto es, el informe presentado por los solicitantes o titulares de centros de cultivo que contiene los antecedentes ambientales, topográficos y oceanográficos del área en que se pretende desarrollar o modificar un proyecto de acuicultura para someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, cuyos requisitos establecerá el reglamento según el grupo de especies hidrobiológicas y el sistema de producción[13]

Desde una perspectiva ambiental, dichas actividades deben someterse al

11 Artículo 2 número 12) del Decreto N° 430 del Ministerio de Economía del año 1992 que Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley N° 18.892, de 1989 y sus modificaciones.

12 Artículo 67, inciso quinto, LGPA.

13 Artículo 2 letra e) Decreto N° 320 del Ministerio de Economía de 2001, que establece el Reglamento Ambiental para la Acuicultura.

Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) conforme con lo dispuesto en el literal n) del artículo 10 de la Ley N°19.300, sobre bases generales del medio ambiente complementado por el artículo 3 del D.S. 40/12, del Ministerio del Medio Ambiente, que establece el Reglamento del SEIA[14]. Sectorialmente la actividad acuícola es regulada por el Decreto Supremo N°320/2001, del Ministerio de Economía, que establece el Reglamento Ambiental para la Acuicultura ("RAMA"); D.S. 64 de fecha 02 de octubre de 2020 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo que aprueba el reglamento que establece condiciones sobre tratamiento y disposición final de desechos provenientes de actividades de acuicultura.

El RAMA contiene un instrumento de gestión ambiental fundamental para el desarrollo de la actividad acuícola. Nos referimos al informe de los antecedentes ambientales (INFA)[15]. Según el artículo 19 del RAMA, dos meses antes de iniciarse la cosecha, todo centro de cultivo deberá efectuar un INFA correspondiente al ciclo productivo respectivo, sobre variables como el oxígeno disuelto en la columna de agua, temperatura y salinidad[16]. La INFA será elaborada por el Sernapesca, por cuenta y costo de los titulares de los centros de cultivo, de conformidad con el artículo 122 bis de la LGPA[17]. Para tales efectos, el Sernapesca podrá encomendar esta labor, previa licitación, a personas naturales o jurídicas, inscritas en el registro a que se refiere el artículo 122 letra k) de la LGPA. Según el RAMA, no podrá ingresarse nuevos ejemplares a los centros de cultivo mientras no se cuente con los resultados de la INFA que acrediten o restablezcan las condiciones "aeróbicas", es decir, haber dado cumplimiento a los indicadores previstos en el RAMA y la resolución N°3612/ 2009 y sus modificaciones respecto al desempeño ambiental de la concesión de acuicultura durante el respectivo ciclo productivo[18]. Además, la regulación ambiental exige para los centros acuícolas el cumplimiento de una serie de obligaciones aplicables a distintos aspectos operativos de la actividad tales

14 De acuerdo con el artículo 3 del RSEIA, la tipología de ingreso que corresponde a este tipo de proyectos es el literal n) de dicho artículo, "Proyectos de explotación intensiva, cultivo y plantas procesadoras de recursos hidrobiológicos", en específico los de la letra n.3. que contemplen "una producción anual igual o superior a treinta y cinco toneladas (35 t) tratándose de equinodermos, crustáceos y moluscos no filtradores, peces y otras especies, a través de un sistema de producción intensivo".

15 Art. 19 Decreto N° 320 del Ministerio de Economía de 2001, que establece el Reglamento Ambiental para la Acuicultura

16 Art. 19 Decreto N° 320 del Ministerio de Economía de 2001, que establece el Reglamento Ambiental para la Acuicultura.

17 Art. 19 bis Decreto N° 320 del Ministerio de Economía de 2001, que establece el Reglamento Ambiental para la Acuicultura.

18 Resolución Ex. N° 3612 de 2009 de la Subsecretaría que fijó las metodologías para elaborar la caracterización preliminar del sitio (CPS) y la información ambiental.

como el manejo de residuos sólidos y líquidos, la mortandad de peces, y la implementación de planes de acción frente a contingencias de variada naturaleza[19].

En este contexto, y sin temor a equivocarnos, la actividad acuícola puede ser considerada como una de las más reguladas en nuestra legislación ambiental. Ante esta esta realidad jurídica nos permitimos las siguientes reflexiones.

Respecto a la evaluación ambiental de la actividad acuícola, a nuestro juicio, al ser la RCA un requisito más, inserto en el largo procedimiento de obtención de la concesión, genera la presión de tener que obtenerla tempranamente para así continuar con las gestiones que culminan con su otorgamiento. Esta presión ha significado, por ejemplo, que casi la totalidad de las evaluaciones ambientales se hagan mediante una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) y no un Estudio de Impacto Ambiental (EIA). Pese a que legamente lo anterior responde a la aparente ausencia de los impactos significativos del artículo 11 de la Ley 19.300, cuya concurrencia determina la presentación de un EIA, no deja de ser llamativo el hecho que incluso centros de cultivo localizados en reservas nacionales sean evaluados a través de DIA. Lo anterior puede indicar que el extenso lapso que significa la obtención de una concesión acuícola incidiría en una somera evaluación ambiental de los proyectos, bajo el contexto de ser un elemento procedimental más dentro de su larga gestión de otorgamiento.

Por otra parte, la evidente densidad de la normativa ambiental se ve disminuida por la deficiente fiscalización de esta. Dicha situación fue advertida por la propia Contraloría mediante una actividad de auditoría realizada entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de marzo de 2019. Al respecto la entidad contralora concluye que, en el caso del Sernapesca, dicho servicio carecía de un registro unificado y de respaldos de las actividades de fiscalización realizadas en centros de cultivos de salmónidos durante el año 2019 y, en el caso de la Superintendencia del Medio Ambiente se constató que no atendió de manera oportuna las denuncias del Sernapesca, de manera de generar las fiscalizaciones y, en su caso, los procedimientos sancionatorios correspondientes a su debido tiempo[20].

19 En general, todo centro de cultivo debe disponer de un plan de acción ante contingencias, que deberá considerar a lo menos: temporales, terremotos, mortalidades masivas de salmones en cultivo, imposibilidad de operación de los sistemas o equipos utilizados para la extracción, desnaturalización o almacenamiento de la mortalidad diaria, interacción de mamíferos marinos con la infraestructura del centro de cultivo, choque de embarcaciones con los módulos de cultivo, pérdidas accidentales de alimento, de estructuras de cultivo u otros materiales, florecimientos algales nocivos, pérdida, desprendimiento o escape de recursos exóticos cualquiera sea su magnitud, y la pérdida, desprendimiento o escape de recursos nativos que revistan el carácter de masivos, y que establezca las acciones y responsabilidades operativas en caso de ocurrir circunstancias susceptibles de provocar efectos ambientales negativos o adversos. Asimismo, existirá un plan de acción ante contingencias que comprenderá a dos o más centros de cultivo denominado plan grupal, el que podrá ser elaborado en consideración a las agrupaciones de concesiones existentes.

20 Informe Final N° 335-2019 de 20 de abril de 2021 de la Contraloría General de la República.

Por último, nos parece que la regulación sectorial requiere armonizar sus disposiciones de manera tal se permita realizar ordenamiento territorial que incorpore con mayor intensidad aspectos ambientales que hasta ahora no se consideran o que derechamente genera competencia por el uso de los espacios marítimos. En el primer caso, podemos destacar que pese que el actual esquema de agrupaciones de concesiones de acuicultura, esto es, la distribución espacial de un conjunto de concesiones de acuicultura que se encuentran dentro de un área apta para el ejercicio de la acuicultura en un sector que presenta características de inocuidad epidemiológicas, oceanográficas, operativas o geográficas que justifican su manejo sanitario coordinado por grupo de especies hidrobiológicas, y así declarado por la Subsecretaría de Pesca y Acuicultura[21], ha resultado adecuado para la protección, control y erradicación de enfermedades de alto riesgo para salmónidos[22], compartimos la opinión en cuanto a que indirectamente dicha regulación ha favorecido la alta concentración de producción en algunas áreas[23], con los consiguientes conflictos ambientales que ello conlleva. En el segundo caso, urge actualizar los criterios de compatibilidad de la actividad acuícola con otros usos o categorías de protección reconocidos por otras leyes y que "compiten" con las zonas AAA. Por ejemplo, se requiere revisar la regla de preferencia establecida en materia de solicitudes de espacios costeros de pueblos originarios contemplada en la Ley 20.249 que crea el espacio marino de pueblos originarios (Ecmpo), publicada con fecha 16 de febrero de 2008, y cuyo objetivo es preservar el uso consuetudinario de dichos espacios, a fin de mantener las tradiciones y el uso de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas vinculadas al borde costero. En efecto, el artículo 10 de la Ley 20.249, establece criterios de decisión entre solicitudes incompatibles, para el caso de que la misma área solicitada como espacio costero marino de pueblos originarios hubiere sido objeto de una solicitud de afectación para otros fines, como sería el caso de una concesión de acuicultura, estableciendo que respecto de ésta última se deberá suspender su tramitación hasta que se emita el informe del uso consuetudinario elaborado por

21 Artículo 2 número 52) LGPA.

22 Informe de uso de antimicrobianos 2022 e Informe primer semestre 2023. Disponibles en www.sernapesca.cl

23 Por todos Soto, Doris, Propuesta de evaluación del desempeño ambiental de la salmonicultura chilena a escala de ecosistemas. Informe científico, Centro Interdisciplinario para la Investigación Acuícola (INCAR) y WWF Chile. Concepción octubre 2020. Disponible en: https://centroincar.cl/wp-content/uploads/2021/07 Propuesta-de-evaluacion-del-desempeno-ambiental-de-la-salmonicultura-Chilena-a-escala-de-ecosistemas.pdf. En el mismo sentido, véase, Soto, Doris, Propuesta para establecer un sistema que regule la máxima producción posible de salmonídeos en ecosistemas marinos atendiendo a su capacidad de carga, Centro Interdisciplinario para la Investigación Acuícola (INCAR). Concepción, julio 2022. Disponible en: https://centroincar.cl/wp-content/uploads/2022/07/PolicyBrieff11Incar.pdf.

la Corporación Nacional Indígena (Conadi) o hasta que se resuelva el recurso de reclamación que se hubiere interpuesto en su contra. En caso de que el informe de uso consuetudinario sea favorable, en cuanto a reconocer el uso ancestral invocado y en todo o parte de la extensión territorial solicitada como espacio costero marino de pueblos originarios, el efecto suspensivo se consolida y aplica la regla de preferencia en el otorgamiento en favor de la solicitud[24]. Por otro lado, en el artículo 7 de la Ley 202.49 se establece que en caso de constatarse una sobreposición con concesiones de acuicultura, marítimas o áreas de manejo otorgadas que impidan absolutamente el otorgamiento del espacio costero marino de pueblos originarios, se comunicará esta circunstancia al solicitante, mediante una resolución denegatoria y en caso de que la sobreposición sea parcial, la Subsecretaría propondrá al solicitante una modificación del espacio costero marino de pueblos originarios[25].

No siendo el objeto del presente trabajo, sí podemos afirmar que la regla de preferencia entre solicitudes establecidas con la Ley 20.249, ha provocado un conjunto de conflictos e intereses contrapuestos, evidenciado una serie de debilidades institucionales destinadas a asegurar el uso adecuado del borde costero, en sus múltiples usos, en algunos casos exclusivos y excluyentes, y en otros, compatibles entre sí.

La misma competencia ocurre, como se verá, con las áreas protegidas. Lo anterior, especialmente por la ausencia de planes de manejo que permitan que las concesiones de acuicultura ubicadas dentro de los límites de un área protegida puedan adecuarse, en sus condiciones de funcionamiento y operación, al plan de manejo que se dicte[26].

24 Artículo 10 Ley 20.249.

25 Artículo 7 Ley 20.249.

26 Véase artículo de prensa: Latercera.com, Mayor gremio salmonero acude a la Contraloría por oficio que paraliza concesiones y acusa "efectos perjudiciales" y contrarios a la Constitución, 20 de noviembre de 2023. Disponible en: https://www.latercera.com/pulso-pm/noticia/mayor-gremio-salmonero-acude-a-la-contraloria-por-oficio-que-paraliza-concesiones-y-acusa-efectos-perjudiciales-y-contrarios-a-la-constitucion/SQCYXVQWQRD33IWHHPEEHYTFPM/

3. Regulación de las actividades económicas según Ley 21.600, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas ("Ley 21.600"): El caso de la Reserva Nacional Kawésqar

3.1 Regulación de las actividades económicas según Ley 21.600, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas ("Ley 21.600")

Con la entrada en vigencia de la ley 21.600, que crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas (SBAP) y el Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas (SNAP), se integra el conjunto de áreas protegidas, del Estado y privadas, terrestres y acuáticas, marinas, continentales e insulares, bajo un mismo sistema y servicio[27].

La ley 21.600 define las áreas protegidas, como "aquel espacio geográfico específico y delimitado, reconocido mediante decreto supremo del Ministerio del Medio Ambiente, con la finalidad de asegurar, en el presente y a largo plazo, la preservación y conservación de la biodiversidad del país, así como la protección del patrimonio natural, cultural y del valor paisajístico contenidos en dicho espacio". Dicha finalidad supone adoptar un conjunto de políticas, estrategias, planes, programas y acciones destinadas a la mantención de la estructura, composición y función de los ecosistemas mediante la protección, preservación, restauración, o uso sustentable de uno o más componentes de la diversidad biológica[28].

En relación con la compatibilidad con el desarrollo de actividades económicas, la Ley 21.600 contempla regímenes diferenciados entre las distintas categorías de áreas colocadas bajo protección oficial o áreas protegidas, generándose, por tanto, distintos estatutos de protección de estas áreas. De esta manera todo proyecto o actividad que se pretenda desarrollar dentro de los límites de un área protegida deberá respetar la categoría y el objeto de protección del área y ser compatible con su plan de manejo[29]. Así también, la ley 21.600 dispone que toda área protegida deberá contar con un plan de manejo, de carácter obligatorio, el que deberá considerar los objetos de protección y ser consistente con la categoría, el cual constituirá el marco regulatorio del área protegida, tanto para su adecuada gestión como para la definición de actividades permitidas y prohibidas en su interior. Adicionalmente, dichos planes de manejo podrán dividirse en varios programas

27 Publicada el 06 de septiembre de 2023. Con la entrada en vigencia de la ley 21.600 se derogó la Ley N° 18.362, que creaba un Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE).

28 Ecosistema: Complejo dinámico de comunidades vegetales, animales y de microorganismos y su medio no viviente que interactúan como una unidad funcional. Artículo tercero número 11) Ley 21.600.

29 Las distintas categorías que se contemplan a partir de la Ley 21.600 son las siguientes: a) Reserva de Región Virgen. b) Parque Nacional. c) Monumento Natural. d) Reserva Nacional. e) Área de Conservación de Múltiples Usos, y; f) Área de Conservación de Pueblos Indígenas.

que traten funciones específicas, tales como conservación, uso público, uso sostenible, investigación científica, monitoreo, educación, aspectos regulatorios, administración y coordinación[30]. Un reglamento expedido por el Ministerio del Medio Ambiente establecerá el procedimiento para la elaboración de los planes de manejo de áreas protegidas, así como los contenidos específicos según categoría.

En el caso de las Reserva de Región Virgen, Parque Nacional y, Monumento Natural, la Ley 21.600, prohíbe la explotación de recursos naturales con fines comerciales[31]. En tanto, en el caso de las Reserva Nacional, Área de Conservación de Múltiples Usos y Área de Conservación de Pueblos Indígenas, podrán desarrollarse actividades de uso sustentable, que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos que dichas áreas proveen[32].

Cabe indicar que dichas reglas vienen a consagrar la consistente jurisprudencia de la Contraloría General de la República ("CGR") en la materia, especialmente aquella contenida en sus dictámenes 56.465 de 2008 y Dictamen N° 38.429 de 18 de junio de 2013[33].

3.2 Regulación de la actividad acuícola en Áreas Protegidas

El artículo 158 de la ley N° 18.892, General de Pesca y Acuicultura (LGPA), establece, en su inciso primero, que "Las zonas lacustres, fluviales y marítimas que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, quedarán excluidas de toda actividad pesquera extractiva y de acuicultura". Agrega su inciso segundo que no obstante, en las zonas marítimas que formen parte de Reservas Nacionales y Forestales, podrán realizarse dichas actividades[34].

Al respecto, cabe señalar que, previó a la dictación de la Ley 21.600, la CGR señaló que: "De la interpretación armónica de los artículos 158 de la ley N° 18.892

30 Artículo 71, Ley 21.600.

31 Para los efectos de esta ley, se entenderá por explotación de recursos naturales con fines comerciales las actividades de extracción de recursos naturales, como asimismo actividades o infraestructura industrial. Artículo 63 inciso segundo Ley 21.600.

32 Servicios ecosistémicos: contribución directa o indirecta de los ecosistemas al bienestar humano. Art. Tercero número 30) Ley 21.600.

33 La regla que se desprende de la jurisprudencia de la Contraloría es que no es posible desarrollar actividades de acuicultura en las porciones de agua -sean zonas lacustres, fluviales o marítimas- que formen parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas del Estado, salvo en aquellas áreas o zonas en que su desarrollo resulte compatible con la categoría de protección.

34 De acuerdo con el artículo I de la Convención para la protección de la flora, la fauna y las bellezas escénicas naturales de América "Convención de Washington" de 12 de octubre de 1940, se entenderá por Reservas Nacionales: Las regiones establecidas para la conservación y utilización, bajo vigilancia oficial, de las riquezas naturales, en las cuales se dará a la flora y la fauna toda protección que sea compatible con los fines para los que son creadas estas reservas.

y 36 de la ley N° 19.300, puede advertirse que no es posible desarrollar actividades de acuicultura en aguas marítimas que formen parte de parques nacionales, lo que guarda concordancia, además, con la Convención de Washington, en virtud de la cual nuestro país se obligó a no explotar las riquezas existentes en esa categoría de protección con fines comerciales (aplica criterio de dictamen)[35]. Este criterio fue complementado mediante el dictamen N°83.278 donde la Contraloría General de la República señaló que: "la creación de las reservas nacionales y forestales apuntan a la consecución de objetivos de conservación y protección ambiental, por lo que el desarrollo de la actividad de acuicultura en las zonas marítimas que forman parte en estas áreas únicamente puede ser autorizado en la medida que tal actividad resulte compatible con los fines ambientales en cuya virtud esos espacios se encuentran bajo protección oficial, para lo cual debe tenerse en consideración lo establecido en los cuerpos normativos que regulan aquellas reservas, en el acto administrativo que las crea y en el respectivo plan de manejo"[36].

Asimismo, cabe tener presente que la Contraloría con ocasión de las resoluciones N°s. 3.000; 3.066; 3.125; y 3.126, todas de 2019, de la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, que otorgaron concesiones de acuicultura ubicadas al interior de la Reserva Nacional "Kawésqar", sostuvo que las referidas concesiones deberán adecuarse, en sus condiciones de funcionamiento y operación, al plan de manejo que se dicte, el que contendrá las acciones concretas para hacer efectiva la protección y conservación del área[37]. Lo anterior significó que, con anterioridad a la dictación de la Ley 21.600 el desarrollo de la actividad de acuicultura en las zonas marítimas que forman parte de Reservas Nacionales solo estaba condicionado a que su desarrollo resulte compatible con los fines ambientales en cuya virtud esos espacios se encuentran bajo protección oficial.

Ahora bien, con la dictación de la Ley 21.600 queda asentado jurídicamente que el objetivo de esta categoría de protección oficial es la conservación de las comunidades biológicas, especies y hábitats, a través de una gestión activa para la recuperación, mantención y provisión de servicios ecosistémicos. Es decir, en esta área podrán desarrollarse actividades de uso sustentable, – utilización de componentes

35 Dictamen N° 38.429 de 18 de junio de 2013.

36 Contraloría General de la República, Dictamen N° 83.278N16, de 16 de noviembre de 2016.

37 En este sentido, la Contraloría General de la República, mediante Dictamen N° 8913-2020 de fecha 11 de mayo de 2020, con ocasión de cuatro decretos de otorgamientos de concesiones de acuicultura en la Reserva Nacional Kawésqar, planteó un alcance al momento de la toma de razón, señalando que las referidas concesiones deberán adecuarse, en sus condiciones de funcionamiento y operación, al plan de manejo que se dicte, el que contendrá las acciones concretas para hacer efectiva la protección y conservación del área en www.contraloria.cl

de la biodiversidad de un modo y a un ritmo que no ocasione la disminución a largo plazo de la diversidad biológica, con lo cual se mantienen las posibilidades de ésta de satisfacer las necesidades y las aspiraciones de las generaciones actuales y futuras- siempre que no pongan en riesgo los servicios ecosistémicos que esta área provee. Para lo anterior, debe tenerse en consideración que para el otorgamiento de nuevas concesiones de acuicultura en Reservas Nacionales, se requerirá que el área cuente con un plan de manejo y que la respectiva actividad sea compatible con los objetivos de la categoría, el objeto de protección y el referido plan de manejo del área. Adicionalmente, su otorgamiento deberá contar con informe favorable del Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas.[38]

3.3 El caso de la Reserva Nacional Kawésqar

En el caso de la actividad de acuicultura para la producción de salmónidos, actualmente se han otorgado 1.354 concesiones de acuicultura de manera indefinida o a plazo de 25 años renovables[39]. De todas ellas, 385 estarían ubicadas en Reservas Nacionales[40], principalmente ubicadas en la Reserva "Las Guaitecas" en la región de Aysén, y la Reserva "Kawésqar" en la región de Magallanes y de la Antártica Chilena[41].

Cabe indicar que Reserva "Alacalufes" creada por D.S. N° 263/69 y modificado por D.S N° 304/69, Ministerio de Agricultura, con una superficie total aproximada inicial de 2.674.000 hectáreas, con el objeto de preservar y regular el aprovechamiento de los recursos forestales y conservar las bellezas del paisaje. Luego, el año 1985, porciones de su superficie fueron incorporadas al Parque Nacional Bernardo O'Higgins, al Parque Nacional "Hernando de Magallanes" y de la Reserva Forestal "Isla Riesco". Posteriormente, el Decreto N° 6/2018, del Ministerio de Bienes, publicado con fecha 30 de enero de 2019, se desafectó la Reserva Forestal "Alacalufes" y creó el Parque Nacional "Kawésqar" en su espacio terrestre, y la Reserva Nacional "Kawésqar" en el espacio marítimo, respectivamente, que formaban parte de la Reserva "Alacalufes"[42].

38 Al respecto, mediante Oficio 234053 de fecha 22 de septiembre de 2022, la Subsecretaría de Medio Ambiente, concluye, de conformidad al inciso segundo del artículo 92 de la Ley 21.600 que para el otorgamiento de nuevas concesiones se requerirá que el área cuente con plan de manejo.

39 Listado de concesiones de acuicultura de salmónidos por agrupación de concesiones en las regiones X, XI y XII (octubre 2023). Disponible en: www.subpesca.cl

40 Tv.senado.cl, Comisión de Intereses Marítimos, Pesca y Acuicultura, 04 de octubre de 2023. Disponible en: https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/permanentes/intereses-maritimos/comision-de-intereses-maritimos-pesca-y-acuicultura/2023-10-03/161131.html.

41 Tanto la Reserva Nacional "Las Guaitecas" como la Reserva Nacional "Kawésqar" no cuentan con plan de manejo a la fecha.

42 Los orígenes del referido decreto están en el proyecto de creación, ampliación y recategorización de ocho parques nacionales pertenecientes a la Red de Parques Nacionales de la Patagonia Chilena.

En virtud del Acuerdo Nº 17 adoptado en Sesión Extraordinaria de fecha 10 de abril de 2017, el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad[43], se acordó el inició de recategorización y ampliación de la Reserva "Alacalufes" donde hubo una especial preocupación técnica, política y jurídica, para que en dicho proceso de recategorización no quedase comprendida como parte del Parque Nacional "Kawésqar", la porción marina, a tal punto que el acuerdo alcanzado por el Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, consistió en que "la aprobación de la recategorización y ampliación de la reserva alacalufe quedará sujeta a la condición de que se desarrollara una consulta indígena y se delimitaran de manera exhaustiva los límites terrestres, excluyendo de manera explícita las áreas marinas"[44].

Sin embargo, el proceso de recategorización de la Reserva "Alacalufes" a Parque Nacional, dado que el plano que le singularizó incluía espacios marítimos dentro de su perímetro, circunstancia que se consolidó jurídicamente con la entrada en vigencia de la ley Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, que en su artículo 36º señala que formarán parte de las áreas protegidas, las porciones de mar, terrenos de playa, playas de mar, lagos, lagunas, glaciares, embalses, cursos de agua, pantanos y otros humedales, situados dentro de su perímetro, de no mediar la exclusión de las áreas marinas, indefectiblemente hubiese significado la total y absoluta prohibición para desarrollar actividades económicas dentro de su perímetro, entre ellas, las actividades de pesca y acuicultura, y por otro lado, la desafectación de los espacios marítimos, conllevaba una transgresión al principio de no regresión que consiste en la obligación que tiene el Estado de evitar que una vez que se ha avanzado en la declaración de una zona como área protegida, no puede retroceder y desprotegerlo, que era precisamente lo que ocurriría si se optaba por circunscribir la recategorización únicamente a espacios terrestres, dejando desafectados de protección los espacios marítimos que comprendía la Reserva "Alacalufes"[45].

No es difícil advertir el efecto e impacto evidente que tenía una recategorización de la Reserva "Alacalufes", como Parque Nacional sin excluir sus aguas marinas. El interés político ambiental de conservación y preservación de la biodiversidad, en el marco de la creación de la Red de Parques Nacionales de la Patagonia Chilena, conllevaba una colisión directa con los intereses de fomento económico

43 Acta de Sesión Extraordinaria Consejo de Ministros para la Sustentabilidad de fecha 10 de abril de 2017.

44 Acta de la Sesión Extraordinaria N°2/2017, de 10 de abril de 2017, del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad. Disponible en www.mma.gob.cl

45 Principio de no regresión ha sido recogido en los dictámenes Nº 17352/2018 y 10283/2020 de la Contraloría General de la República.

de haberse efectuado, de manera pura y simple, la recategorización de la Reserva "Alacalufes" como Parque Nacional, en lo que atañe a sus aguas marítimas y la expresa incompatibilidad que provocaba su recategorización para el desarrollo de actividades económicas, como la pesca, acuicultura y turismo, ya que según consta en el referido decreto, el plano que singularizó la Reserva "Alacalufes", consideró espacios marítimos dentro de su perímetro de conformidad al ya referido artículo 36 de la Ley 19.300.

En este contexto, la solución técnico-jurídica se tradujo en que el Parque Nacional "Kawésqar", considerara solamente las superficies terrestres de la Reserva "Alacalufes" y en el caso de las aguas marinas, fuera recategorizada como Reserva Nacional, de manera que permitiese, según señala expresamente el propio decreto de recategorización, un sistema de protección eficiente y compatible, y en segundo orden, que permitiera dar cumplimiento a las demandas fundamentales del pueblo Kawésqar, expresadas en el proceso de consulta indígena que se dispuso en el marco del proceso de recategorización de la Reserva "Alacalufes", esto es, la protección de sus aguas, la compatibilidad de ejercer actividades productivas en dicho espacio marítimo, y, el reconocimiento al pueblo Kawésqar, a través del cambio de nombre de las nuevas áreas protegidas, esto es, Parque Nacional Kawésqar en el caso de las superficies terrestres y Reserva Nacional "Kawésqar" en el caso de las aguas marinas.

De esta forma, la Reserva Nacional "Kawésqar" quedó conformada por el espacio marítimo que formaba parte del perímetro de la antigua Reserva "Alacalufe", individualizada en el Plano del Ministerio de Bienes Nacionales N°12401-1719-C.R., con una superficie aproximada de 2.628.429,2 hectáreas. Se excluye de ella las islas, islotes, roqueríos y toda porción de tierra que se encuentre dentro de la poligonal que describe los límites de la misma, excluyéndose además la superficie del Área Marina Costera Protegida Francisco Coloane[46].

Como se indicó, con la entrada en vigencia de la Ley 21.600, su otorgamiento quedará subordinado hasta la fecha que se dicten los respectivos planes de manejo, con el objeto de que las nuevas concesiones, renovaciones y relocalizaciones que se puedan otorgar, sea bajo criterios de compatibilidad con los objetivos de la categoría de Reserva Nacional señalado en la ley 21.600, con el objeto de protección y con sus respectivos planes de manejo, para lo cual el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas deberá emitir un informe según lo establecido en la Ley 21.600.

46 D.S. N° 6 del Ministerio de Bienes Nacionales de fecha 28 de enero de 2018 que Desafecta la Reserva Forestal "Alacalufes" y crea el Parque Nacional "Kawésqar" y la Reserva Nacional "Kawésqar" en la Región de Magallanes y de la Antártica Chilena.

En consecuencia, el desarrollo de acuicultura en los sectores marítimos de una Reserva Nacional, como ocurre con la Reserva Nacional "Las Guaitecas" y la Reserva Nacional "Kawésqar", respectivamente, cumpliendo con las autorizaciones que la ley prescribe, tanto ambientales como sectoriales que fueren aplicables, a partir de la entrada en vigencia de la ley 21.600, se debe incorporar el criterio de compatibilidad de la actividad con la categoría, los objetivos de protección y la susceptibilidad de afectación de estas áreas, y su plan de manejo, tanto en la aprobación de los nuevos proyectos, como en las en las condiciones de funcionamiento y operación de las concesiones de acuicultura existentes, de manera indefinida o a plazo de 25 años, renovables.

4. Consideraciones finales

El diagnóstico general que se advierte respecto al desarrollo de la actividad acuícola en áreas protegidas, es una falta de consistencia regulatoria en materia de protección ambiental, cuestión que ha impedido regular y armonizar los distintos usos -exclusivos o coexistentes- al interior de estas áreas, reflejado, y a modo de ejemplo, en la creación de áreas protegidas en las que existe desarrollo de actividades de acuicultura, sin embargo, se omite dotar dichas áreas de los respectivos planes de manejo que permita adecuar las condiciones de operación y funcionamiento de las distintas actividades desarrolladas al interior de ellas con la protección que se aspira al categorizarles como tal, o por otro lado, la uniformidad, hasta ahora, en la evaluación ambiental de proyectos de acuicultura, sea que se ubiquen dentro o fuera de áreas protegidas.

Así, entonces, la pretendida compatibilidad del desarrollo de actividades de acuicultura, al interior de R.R.N.N., requiere una política estratégica y de largo plazo, que considere los incentivos e instrumentos correctos para el desarrollo de las actividades de acuicultura dentro de áreas protegidas, fortaleciendo los sistemas de gobernanza de estas áreas, bajo principios de coordinación, cooperación y colaboración efectiva.

En definitiva, la presión y competencia en torno a estos espacios y ecosistemas requiere un adecuado diagnóstico y decisión que permita fijar las reglas y condiciones para un uso compatible con protección cierta y equilibrio ecológico, que resuelva las debilidades institucionales ante la debida, necesaria y adecuada protección de estos espacios y ecosistemas marinos, asegurando su preservación, conservación y restauración ecológica y, alcanzar, efectivamente, el equilibrio entre desarrollo económico y protección del medio ambiente.

PARTE 4. DERECHO INTERNACIONAL Y COMPARADO

¿CUÁL ESTÁNDAR? ¿DE ACUERDO A QUIÉN? PROBLEMATIZANDO LA NOCIÓN DE "ESTÁNDAR INTERNACIONAL" EN EL DEBATE ACERCA DEL CONSENTIMIENTO INDÍGENA EN CHILE

Cristóbal Carmona Caldera[1] *y Tomma Steggewentz*[2]

Do I contradict myself?
Very well then I contradict myself,
(I am large, I contain multitudes.)

Walt Whitman, *Song of Myself*

Resumen

Este artículo tiene por objeto problematizar la idea de que existe un "estándar internacional" del Consentimiento Libre Previo e Informado, que puede ser correctamente determinado y aplicado. Se postulará que "detrás" de la noción de "estándar internacional" hay una serie de opciones hermenéuticas de los intérpretes que determinan y dan forma a dicho concepto, generando en la práctica múltiples "estándares" que se superponen y oponen. Para ello, se describirán las diferentes "normas" de consentimiento existentes en el sub-sistema del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se analizará el uso de la noción de "estándar internacional" en dos casos recientes en que se ha apelado al consentimiento en Chile: uno, del proceso constitucional de 2022; otro, a propósito de una sentencia de la Corte Suprema del año 2020. El artículo termina con una breve reflexión sobre la importancia que puede tener pensar pragmáticamente los derechos humanos, al momento de decidir sobre qué noción del "estándar internacional" se utilizará.

1. Introducción

Desde la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI o Declaración), en 2007, el concepto de

1 Profesor Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (UDP) e Investigador del Centro de Derechos Humanos y el Programa de Derecho y Política Ambiental de la UDP.

2 Estudiante de Derecho de la Universidad de Göttingen. Pasante y Estudiante de Intercambio en la Facultad de Derecho de la UDP 2023.

Consentimiento Libre, Previo e Informado (CLPI) ha aparecido con singular fuerza en el discurso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH)[3], especialmente en lo que atañe a los derechos territoriales de los pueblos indígenas[4] (*territorial rights*)[5]. En términos simples, el estándar de "consentimiento" implicaría que "las comunidades tengan una decisión real: que ellos puedan decir sí, si el proyecto otorga beneficios y oportunidades de desarrollo para ellos, o ellos puedan decir no si no están satisfechos con el trato"[6]. Así concebido, este derecho perseguiría al menos tres objetivos. Primero, buscaría restaurar el control de los pueblos indígenas sobre sus tierras y territorios. Segundo, sería una forma de recuperar la integridad cultural de estos pueblos. Tercero, tendría el potencial de reparar el desequilibrio de poder entre los pueblos indígenas y el Estado, con miras a forjar una nueva relación basada en el respeto mutuo entre las partes[7].

En Chile, la discusión respecto a la aplicabilidad de este derecho ha estado centrada en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Particularmente, en relación a cuál sería la naturaleza de la consulta indígena del Convenio Nº169 de la OIT (Convenio Nº169), si "vinculante" o "no vinculante"[8]. No obstante, el año 2022 el debate por CLPI apareció mediática y controvertidamente de cara a la votación de la Propuesta de Nueva Constitución (PNC) formulada por la Convención Constitucional (CC), bajo la etiqueta del "veto indígena". En breve, el Art. 191 Nº2 de esta propuesta establecía, en el marco de la participación en las entidades territoriales, que los pueblos indígenas debían otorgar su consentimiento "en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución". La existencia de una norma de estas características derivó

3 Ver, en general: Doyle, Cathal, *Indigenous Peoples, Title to territory, Rights and Resources. The Transformative Role of Free Prior and Informed Consent,* (New York, Routledge), 2014.

4 Para efectos del presente texto, los "derechos territoriales" de los pueblos indígenas se refieren a un conjunto amplio, no necesariamente coherente entre sí, de normativa doméstica e internacional relativa al reconocimiento y protección de los derechos de estos pueblos a las tierras, territorios y recursos naturales existentes en los lugares en los que habitan, incluidos también los derechos de participación en los procesos de toma de decisión respecto al destino de dichos elementos (e.g., el derecho a consulta).

5 Ver, por ejemplo: Yaffe, Nathan, "Indigenous Consent: A Self-Determination Perspective", en Melbourne Journal of International Law, Vol. 19, Nº2, (University of Melbourne), 2018, pp. 715-724.

6 Vanclay, Frank y Esteves, Ana Maria, "Current issues and trend in social impact assessment", en Vanclay, Frank y Esteves, Ana Maria (Edits.), *New Directions in Social Impact Assessment*, (Cheltenham, Edward Elgar Publishing), 2011, p. 7.

7 Human Rights Council, Free, prior and informed consent: a human rights-based approach. Study of the Expert Mechanism on the Rights of Indigenous Peoples, 10 de agosto de 2018, párr. 11.

8 Ver: Schilling-Vacaflor, Almut, "Norm Contestation and (Non-)Compliance: The Right to Prior Consultation and FPIC in the Extractive Industries", en Feichtner, Isabel, Krajewski, Markus y Roesch, Ricarda (Edits.), *Human Rights in the Extractive Industries. Transparency, Participation, Resistance*, (Switzerland, Springer), 2019, p. 331.

en intentos de limitar/ampliar su sentido por los distintos sectores. En estas discusiones, una de las cuestiones que aparecía reiteradamente era una apelación al "estándar internacional", como parámetro para comparar/interpretar la norma de consentimiento de la propuesta constitucional.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este breve artículo nos proponemos interrogar la idea de que existe un "estándar" del CLPI que puede ser correctamente identificado y aplicado[9]. Específicamente, argumentaremos que, "detrás" de la noción de "estándar internacional" en materia de CLPI, hay una serie de opciones hermenéuticas de los intérpretes que predetermina el contenido de dicho estándar. Esto genera que, en la práctica, haya múltiples "estándares" coexistiendo en un mismo espacio normativo. La necesidad de entender la estructura de configuración de estos estándares, haciendo transparente el marco hermenéutico desde el que argumenta cada actor es importante, creemos, por dos razones. Primero, porque muestra los límites de la argumentación al momento de una disputa interpretativa entre actores que operan desde marcos de referencia o patrones de justificación diversos. Segundo, porque permite pensar en las consecuencias prácticas que implica la utilización de los distintos marcos interpretativos al momento de conceptualizar el "estándar".

Antes de comenzar cabe prevenir que, si bien los análisis subsecuentes se centran en el estándar del CLPI, estimamos que ellos pueden ser útiles para examinar la construcción del "estándar internacional" respecto de otros derechos.

2. La disputa por el Consentimiento Libre, Previo e Informado en Chile

En los últimos años, la cuestión del CLPI de los Pueblos Indígenas ha ido apareciendo crecientemente en discusiones administrativas, judiciales y constitucionales en Chile. El año pasado esta temática tomó relevancia a propósito del llamado "veto indígena" de la fallida PNC. Con esta denominación, se sabe, se hacía referencia a la norma de consentimiento contenida en Art. 191Nº2 que, en el marco de la "Participación en las entidades territoriales en el Estado regional", indicaba:

> Los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución.

9 Esta idea, por cierto, no es nueva. Para una discusión sobre este concepto, ver: Molina, Marcela, "Estándares Jurídicos Internacionales: Necesidad de un análisis conceptual", en Revista de Derecho, Nº 1, (Universidad Católica del Norte), 2018, pp. 233-256.

Aunque redactada con deficiente técnica legislativa, el enunciado dejaba pocas dudas de que se trataba de una norma donde el consentimiento de los "pueblos y naciones indígenas" se presenta como un "requisito". Es decir, aquellas decisiones de las entidades territoriales que pudiesen afectar los derechos colectivos indígenas establecidos en la PNC necesitarían el consentimiento de los pueblos afectados como condición para adoptarse.

Así concebida, aun cuando se acotase solo a las decisiones de las entidades territoriales, no se puede negar que las circunstancias que "gatillaban" la necesidad de consentimiento -i.e., "afectación" a derechos-, era bastante amplia. Por lo mismo, no es de extrañar que esta disposición generara distintas interpretaciones sobre su contenido y alcance. En estas disputas, sea que se buscara defender o criticar la norma, la referencia al "estándar internacional" -o a alguna variación de ese concepto- parecía obligatoria. Así, una vez aprobada por primera vez esta disposición en febrero de 2022, mientras un sector acusaba que con la exigencia del consentimiento se elevaba el "estándar" de la consulta indígena, por el otro lado se señalaba que "elevar los estándares del respeto a los derechos humanos siempre va a ser algo positivo"[10] y que la redacción de la propuesta constitucional se acercaba más a cómo la Declaración entiende el consentimiento[11]. Asimismo, de manera previa al plebiscito de septiembre de 2022, el "apruebo" trató de enfatizar que la disposición debía leerse en base al derecho internacional, en donde el CLPI procedía excepcionalmente[12]. Así, se indicó que:

La regla general de la propuesta constitucional es -tal como ocurre en el derecho internacional- la consulta previa, y no el consentimiento. Este último solo se contempla en un caso específico. Hago referencia al derecho internacional porque ese fue el objetivo de la Convención: constitucionalizar *el estándar del derecho internacional*.[13]

Vistas estas declaraciones, surge la interrogante de cuál es, en definitiva, el "estándar internacional" en materia de derechos humanos. O, mejor dicho, si existe realmente "un" solo estándar. ¿Es la consulta del Convenio Nº169 o el consentimiento de la DNUDPI el "estándar"? Si en el estándar del derecho internacional

10 Latercera.com, Convención aprueba elevar estándar de la consulta indígena y exigir "consentimiento" para todos los asuntos que afecten los derechos de los pueblos indígenas, 19 de febrero de 2022.

11 Emol.com, Confusa redacción de artículo sobre consentimiento permitiría que indígenas frenen decisiones estatales, 8 de julio de 2022.

12 Ciperchile.cl, ¿Los pueblos originarios tendrán poder de "veto" para bloquear los futuros cambio a la Constitución?, 29 de julio de 2022. Énfasis agregado.

13 Ciperchile.cl, Op. Cit. Énfasis agregado.

el CLPI es excepcional ¿Cómo se justifica una norma de consentimiento como el Art. 191 Nº2, en donde las circunstancias que lo hacen procedente difícilmente podrían calificarse de "excepcionales"? ¿Qué fuente del "derecho internacional" contiene esta causal? ¿Cuál es el peso normativo de esa fuente? ¿Quién determina qué fuente es parte del "estándar internacional" y cuál no?

Esta disputa sobre el alcance del CLPI y la noción de estándar no era nueva en Chile. Como señalamos en la Introducción, en el contexto del emplazamiento de proyectos extractivos en territorio indígena esta discusión ha sido más bien común. En esta área, eso sí, adopta la forma de una pregunta: cuándo un "no" de las comunidades en un proceso de consulta se vuelve obligatorio para el Estado y, en consecuencia, el consentimiento funciona como un "requisito" para calificar ambientalmente un proyecto. En nuestro país, quizás el caso más relevante sobre el tema se dio a propósito del proyecto "*RT Sulfuros*", de Codelco.

Acá, la Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu solicitó, ante el Segundo Tribunal Ambiental (2TA) primero y la Corte Suprema después, la invalidación de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del proyecto. Entre otros argumentos, se alegaba que en la tramitación ambiental no era suficiente la realización de una Consulta Indígena, sino que se requería el consentimiento de la comunidad afectada. Se apeló para ello, bajo la noción del control de convencionalidad, a lo que [l]a jurisprudencia de la Corte Interamericana y los estándares internacionales exigen jurídicamente" a los Estados[14]. Aunque sin mucha precisión, la comunidad pareciera haber utilizado como "estándar" principal lo dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el conocido caso "*Saramaka vs. Surinam*", del año 2007. De acuerdo a esta sentencia, "cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos"[15]. Este mandato, entendía Chiu Chiu, era "plenamente aplicable (...) al juicio de autos"[16].

La reclamación de la comunidad no resultó exitosa. Después de que el 2TA desestimara la acción por razones formales, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación incoado. Es interesante notar que, aunque la Corte descarta

14 Reclamación Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu, disponible en el expediente ambiental de la causa R-157-2017 del Segundo Tribunal Ambiental.

15 Corte IDH, caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam. Fondo*, 28-11-2007, párr. 134.

16 Recurso de casación ingresado por la Comunidad Indígena Atacameña de San Francisco de Chiu Chiu, disponible en el expediente ambiental de la causa R-157-2017 del Segundo Tribunal Ambiental.

la procedencia del CLPI, su juicio lo hace tomando en consideración los "estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas", según fueran expresados en un documento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)[17]. De acuerdo a estos estándares, señaló la Corte Suprema, el consentimiento sería obligatorio en tres ocasiones: a) proyectos de inversión que impliquen desplazamiento y reubicación permanente de pueblos o comunidades indígenas; b) proyectos de inversión cuya ejecución privaría a estos pueblos de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia; y c) en el evento en que se deposite o almacenen materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas[18]. Teniendo en consideración estas tres hipótesis, la Corte Suprema falló que "ni la legislación internacional como tampoco nuestro ordenamiento jurídico interno establecen la necesidad de obtener obligatoriamente y como requisito previo el consentimiento de la comunidad indígena en un caso con las características del sub lite"[19].

Al igual que la de la comunidad, la argumentación de la Corte sobre el CLPI no es del todo clara. Con todo, la apelación de ambos actores a los "estándares internacionales" y, más todavía, la diferencia que se aprecia en qué es lo que dicen, en definitiva, dichos estándares, es sintomático de las dificultades que supone argumentar desde este concepto. ¿Puede una sentencia de la Corte IDH -como se pretende bajo la doctrina del "control de convencionalidad"- fijar un "estándar" obligatorio para estados que no son parte en el caso? ¿Vale lo mismo una causal de consentimiento establecida en un instrumento *soft law* como la Declaración, que una contenida en un tratado como el Convenio o una sentencia internacional? ¿Qué pasa cuando hay discrepancia entre diversas fuentes del "estándar"?

Los dos ejemplos brevemente reseñados acá dan cuenta de una serie de interrogantes que aparecen cada vez que se empieza a pensar en la aplicación e implementación del estándar internacional de derechos humanos. En este caso particular, en materia de CLPI. En concreto, los distintos actores que apelan al "estándar" parecen hablar y operar en su práctica efectiva como si existiera solo *una* versión de este concepto, coherentemente articulada y de la cual es posible inferir mandatos jurídicos específicos vinculantes para los Estados. Sin embargo,

17 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 2010. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf

18 Corte Suprema, Rol 28.195-2018, 16-06-2020, Cº 19.

19 Corte Suprema, Rol 28.195-2018, 16-06-2020, Cº 20.

estos mismos discursos dan cuenta que existen comprensiones distintas sobre qué normas componen dicho estándar, cómo se articulan entre ellas y, por lo mismo, de cuáles son las obligaciones internacionales con las que tiene que cumplir el Estado. Ahora bien, el punto que queremos hacer es que estas diferencias no se explican tanto por cuestiones tales como fallas de razonamiento jurídico o la vaguedad del lenguaje de los tratados internacionales, sino más bien en las diferentes las premisas hermenéuticas que sitúan la interpretación de cada actor.

Para sostener esta idea, en la próxima sección revisaremos someramente la compleja configuración del CLPI en el DIDH, y las dificultades inherentes que enfrenta la formulación de alguna clase de "estándar" sobre este tópico.

3. ¿Un estándar de CLPI?

En las últimas cuatro décadas, el DIDH ha reconocido en diversos niveles y formas los derechos territoriales de los pueblos indígenas[20]. Por regla general, este reconocimiento se presenta por diferentes actores como siguiendo un trazado lineal y progresivo, dirigido a "aflojar las amarras de la colonización"[21]. El hito de inicio de esta historia suele ser la ruptura con el paradigma asimilacionista que se produjo en el derecho internacional en los años ochenta[22]. Desde ese punto en adelante, el reconocimiento de derechos territoriales indígenas avanza paulatinamente a un momento actual, en donde la identidad cultural indígena es valorada y las voces indígenas son escuchadas[23]. En este recorrido, el estatus de los pueblos indígenas evoluciona de "víctimas" a "actores"[24]. Por lo mismo, no es de extrañar que la forma lógica de conceptualizar el momento actual de los derechos indígenas en esta materia sea a partir de una serie de "transiciones": del Convenio a

20 Para una revisión y análisis de los derechos territoriales indígenas y su evolución véase: Gilbert, Jérémie, *Indigenous Peoples´ Land Rights under International Law. From victims to Actors*, (Leiden, Brill Nijhoff, Second Revised Editions), 2016, pp. 108-203.

21 Carpenter, Kristen y Riley, Angela, "Indigenous People and the Jurisgenerative Moment in Human Rights", en California Law Review, Vol. 102, (University of California, Berkeley), 2014, p. 176.

22 Esta narrativa se puede apreciar claramente en los ideales que impulsaron la revisión del Convenio Nº107 de la OIT. Ver: Swepston, Lee, "A new Step in the International Law on Indigenous and Tribal Peoples: ILO Convention No. 169 of 1989", en Oklahoma City University Law Review, Vol. 15, Nº3, (Oklahoma City University, School of Law), 1990, pp. 690-692.

23 Brilman, Marina, "Consenting to dispossession: the problematic heritage and complex future of consultation and the consent of indigenous people", en Columbia Human Right Law Review, Vol. 49, Nº2, 2018, p. 4.

24 Esta estructura se encuentra en Gilbert, Jéremie, Op.Cit. 20.

la Declaración[25]; de la participación a la libre determinación[26]; de la consulta al CLPI[27], entre otras. Subyaciendo a esta narrativa de un progreso lineal ascendente está la creencia de que se trata de solo "una" historia de reconocimiento de derechos. O, más precisamente, de que se configura solo "un" estándar internacional, considerablemente coherente[28], que arrojaría a su vez "una" interpretación correcta de estos derechos[29].

Esta narrativa, consciente o inconscientemente, está presente en una parte importante de los discursos sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Sin embargo, un examen más de cerca de las fuentes sobre las cuales se construye esta idea da cuenta de que la realidad es mucho más compleja y diversa de lo que se presenta.

3.1 Normas Equivalentes de Múltiples Fuentes

Una forma de poder entender las dificultades que implica el intentar articular un "estándar de consentimiento" general y coherente, es a través del concepto de "Normas Equivalentes de Múltiples Fuentes" (*Multi-Sourced Equivalent Norms*) (MSENs, por sus siglas en inglés).

Este concepto fue introducido hace unos años por Tomer Broude and Yuval Shany para describir las situaciones en las cuales normas equivalentes coexisten en el contexto del derecho internacional. En términos generales, las MSEN son: a) dos o más normas que están relacionadas con la misma materia jurídico internacional; b) que son similares o idénticas en cuanto al contenido normativo, pero; c) que están establecidas en diferentes instrumentos internacionales o procesos legislativos o son aplicables en diferentes ámbitos sustantivos del derecho[30].

---

25 Por ejemplo, Doyle, Cathal, Op. Cit., p. 107.

26 Por ejemplo, Åhrén, Mattias, *Indigenous Peoples´ Status in the International Legal System*, (Oxford, Oxford University Press), 2016, pp. 133 y ss.

27 Por ejemplo, Gilbert, Jérémie, *Natural ressources and Human Rights: An Appraisal*, (Oxford, Oxford University Press), 2018, pp. 68 y ss.

28 Mackay, Fergus, "The Evolution and Revolution of Indigenous Rights", en von Arnauld, Andreas, von der Dekcen, Kerstin y Susi, Mart (Edits.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights. Recognition, Novelty, Rhetoric*, (Cambridge University Press), 2020, p. 239 ("(…) there is also considerable coherence between interpretations of binding instruments and the standards expressed in the UNDRIP").

29 Ver, por ejemplo, Anaya, James y Puig, Sergio, "Mitigating State Sovereignty: The Duty to Consult with Indigenous People", en University Law Journal, Vol. 67, Nº4, (University of Toronto), 2017, pp. 452 (en donde se contrastan tres enfoques diversos sobre el derecho a consulta, "with the human rights framework that we understand to shape a correct interpretation of the consultation duty within contemporary international law").

30 Broude, Tomer y Shany, Yuval, "The International Law and Policy of Multi-Sourced Equivalent Norms", en Broude, Tomer y Shany, Yuval (edits.), *Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law,* (Oxford, Hart Publishing), 2011, p. 5.

Un punto importante en el que vale detenerse es que las MSENs nunca son completamente iguales. Más todavía, "incluso normas idénticas implican diferentes consecuencias normativas resultantes de las distintas políticas, normativas y entornos institucionales en los que funcionan"[31]. En este sentido, sería más precisa hablar de normas que son *prima facie* similares o idénticas en su contenido normativo; es decir, son normas que a primera vista se presumen que se refuerzan mutuamente, aun cuando en otro nivel de análisis y con ciertos patrones fácticos puede emerger una inconsistencia entre ellas[32].

Este fenómeno, estimo, es particularmente intenso en el universo normativo de los derechos de los pueblos indígenas. Tómese el caso de la obligación estatal de consultar u obtener el consentimiento de los pueblos indígenas antes de emprender proyectos que les afecten. Como notó Claire Charters, esta obligación está consagrada en diversas fuentes, entre otras, en la Declaración, en el Convenio Nº169, en el Convenio sobre la Diversidad Biológica y en la Política del Banco Mundial. Esto en sí mismo no es problemático. La indeterminación surge porque el nivel de obligación estatal difiere en cada uno de estos instrumentos. Así, mientras en algunos instrumentos se conceptualiza como una forma de participación diferenciada en la toma de decisiones a nivel general, en otras se concreta como consulta y consentimiento. Se trataría, dice la autora, de normas similares, pero no totalmente equivalentes. Esto es relevante, se produce una carencia de certeza en el ámbito en el que más de un instrumento y más de un estándar son aplicables[33]. Pero, además, este problema de inconsistencia normativa se ve exacerbado por el distinto nivel de vinculatoriedad formal de los distintos instrumentos en que están consagradas estas normas. Así, como explica Charters:

> Por un lado, algo de claridad puede derivarse de clasificar las normas según la autoridad del instrumento del que surgieron, por ejemplo, cuando existe conflicto de normas, aplicando el Convenio 169 de la OIT, como tratado, por sobre los estándares expresados en la Declaración. Sin embargo, esta es una solución demasiado simplista dado que la Declaración es un instrumento más reciente, ha adquirido mucha autoridad por derecho propio y ya ha influido en la interpretación de otros tratados (...)[34].

31 Broude, Tomer y Shany, Yuval, Op. Cit., p. 8.

32 Broude, Tomer y Shany, Yuval, Op. Cit., p. 9.

33 Charters, Claire, "Multi-Sourced Equivalent Norms and Legitimacy of Indigenous Peoples´ Rights under International Law", en Broude, Tomer y Shany, Yuval (Edits.), *Mutli-Sourced Equivalent Norms in International Law*, (Oxford, Hart Publishing), 2011, pp. 300 y 301.

34 Charters, Claire, Op. Cit., p. 301.

Aun cuando la autora tiene un diagnóstico optimista de la capacidad del sistema para ir generando uniformidad y coherencia en estas materias, lo cierto es que un somera examen a las circunstancias que hacen procedente CLPI en DIDH da cuenta de lo difícil de alcanzar un concepto coherente y consistente de "estándar de consentimiento".

3.2 Cartografía(s) del consentimiento en el DIDH: superposición y contradicción en múltiples niveles

En el régimen contemporáneo de derechos de los pueblos indígenas en el DIDH, el consentimiento aparece normativamente en dos sentidos distintos: como finalidad y como requisito. Así, por una parte, el consentimiento sería la "finalidad" de un proceso de consulta. En este sentido, como explica Yrigoyen, "el Estado debe organizar los procedimientos de tal modo que estén orientados al logro del consentimiento o acuerdo. Sin embargo, si aun instaurados dichos procedimientos de buena fe, no se logra dicho consentimiento o acuerdo, la consulta sigue siendo válida y el Estado está facultado para tomar una decisión"[35]. Este sería el caso del Art. 6N°2 del Convenio N°169, de acuerdo al cual las consultas deben realizarse "con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento". Empero, en determinadas situaciones, "el consentimiento no solo es el horizonte o la finalidad de un procedimiento, sino que dicho consentimiento es un requisito para que el Estado tome una decisión"[36]. Bajo esta argumentación, la regla general en los procesos de consulta sería que fuesen desarrollados con el objetivo de lograr u obtener el consentimiento, pero en ciertos casos el consentimiento operaría como condición necesaria para llevar a cabo la medida. La pregunta es, entonces ¿En qué casos el consentimiento es un "requisito" para la decisión estatal?

En el Convenio Nº169, único instrumento vinculante relativo a los derechos de los pueblos indígenas que refiere al tema, el CLPI solo está contemplado para el caso de "traslado y reubicación" de los pueblos indígenas (Art. 16Nº2). No obstante, la consecuencia jurídica no es, en sentido estricto, el "consentimiento como requisito". En estas situaciones, en realidad, el Convenio deja abierta una vía para que el Estado siga adelante con la medida sin el consentimiento de la comunidad afectada. Ello, siempre que hayan tenido lugar "procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya

35 Yrigoyen, Raquel, "De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento", en El Otro Derecho, Nº40, (Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos), 2009, p. 30.

36 Yrigoyen, Raquel, Op. Cit., p. 30.

lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados". La aplicabilidad de esta potestad estatal de proceder con el desplazamiento sin el CLPI de las comunidades es, a mi entender, más bien marginal. Con todo, la frase es indicativa de que, en el marco del Convenio, la necesidad de contar con el consentimiento de los pueblos indígenas para llevar adelante un proyecto es excepcionalísima.

En la Declaración, el CLPI aparece, con diferentes formulaciones, en cuatro artículos de la DNUDPI relativos a la participación de los pueblos indígenas: Art. 10, Art. 19, Art. 29Nº2 y Art. 32Nº2[37]. Los artículos 10 y 29Nº2 -referentes al traslado de pueblos indígenas y al depósito o eliminación de materiales peligrosos en su indígena, respectivamente- presentan situaciones en donde "expresamente se evita a los Estados el llevar a cabo acciones específicas *en ausencia* del consentimiento de los [p]ueblos indígenas"[38]. Es decir, acá el consentimiento funciona expresamente como "requisito". Empero, esta formulación es diversa de la que se encuentra en los artículos 19, sobre la adopción y aplicación de medidas que afecten a los pueblos indígenas, y 32Nº2, relativo a la aprobación de proyectos que afecten sus tierras, territorios o recursos. Por más que haya interpretaciones que intenten leer que dichas disposiciones demandan la obtención del CLPI para que el Estado pueda llevar adelante una medida o proyecto determinado[39], lo cierto es que la propia redacción de los respectivos enunciados normativos debiese ser suficiente para descartar estas lecturas. En ambos casos se expresa claramente que los Estados "celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas (...) *a fin* de obtener su consentimiento libre, previo e informado"[40]. Es decir, la obligación del Estado es consultar de buena fe con el fin de obtener el CLPI, pero pudiendo no obstante proceder con la decisión si el consentimiento no es

37 El CLPI también aparece en los Arts. 11 Nº2 y 28 Nº2, pero como forma de cualificar el daño respecto de la propiedad cultural y territorial que sería objeto de reparación.

38 Barelli, Mauro, "Free, Pior and Informed Consent in the UNDRIP", en Hohmann, Jessie y Weller, Marc (e Edits.), *The UN Declaration on the Right of Indigenous Peoples. A Commentary,* (Oxford, Oxford University Press), 2018, p. 249. Énfasis original.

39 En el caso del Art. 19, ver Cabrera, Maria Victoria, *The requirement of consultation with indigenous peoples in the ILO: between normative flexibility and institutional rigidity*, (Leiden, Brill Nijhoff), 2017, p. 149. Respecto al Art. 32 Nº2, ver Pasqualucci, Jo M., "International indigenous land rights: a critique of the jurisprudence of the Interamerican Court of Human Rights in the light of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", en Wisconsin International Law Journal, Vol. 27, Nº1, (University of Wisconsin-Madison), 2009, pp. 90 y 91; y Rombouts, Sebastian, "The Evolution of Indigenous Peoples´ Consultation Rights under the ILO and U.N. Regimes", en Stanford Journal of International Law, Vol. 53, (Stanford Law School), 2017, p. 202.

40 Énfasis agregado.

logrado[41]. La historia de la redacción de las dos disposiciones permite ratificar esta interpretación[42].

Ahora bien, respecto al Art 32Nº2 se ha presentado una interpretación alternativa para sustentar que sí se requería obtener el CLPI en la mayoría de estos casos. El razonamiento sería el siguiente[43]. El espíritu y el marco de la DNUDPI, se dice, obliga a que el consentimiento sea interpretado de manera que garantice la protección efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Esto significa que el CLPI debiese operar como "requisito" en todos aquellos casos en que dichos derechos se vean gravemente amenazados. En la circunstancia de que no se pueda obtener el consentimiento de las comunidades afectadas, la única forma para seguir adelante con el proyecto sería justificando que las limitaciones a los derechos de los pueblos indígenas cumplen con los requisitos establecidos para ello en el DIDH[44], y en particular en el Art. 46 de la DNUDPI[45]. En otras palabras, el Estado debiese mostrar que la restricción a estos derechos es, *lato sensu*, proporcional. Sin embargo, continúa el argumento, cumplir estos requisitos sería muy complejo en el caso de los proyectos extractivos, por el grado de afectación que suponen. Consecuentemente, se concluye, en la generalidad de los casos no se podrá proceder con dichos proyectos en territorio indígena sin el consentimiento de las comunidades afectadas.

Hay, todavía, un criterio más amplio del CLPI en el DIDH, en donde este derecho pasaría de ser excepcional a una especie de regla general. Esta línea se

41 En esta línea, por ejemplo, Barelli, Mauro, "Free, Pior and Informed Consent in the UNDRIP", Op. Cit., p. 253; y Bankes, Nigel, "The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation", en Arctic Review on Law and Politics, Vol. 11, (Cappelen Damm Forskning), 2020, p. 268.

42 En las versiones anteriores de los Art. 19 y Art. 32 Nº2, la llamada *Draft Declaration* de 1994 contenía versiones en donde el consentimiento sí se formulaba como requisito para llevar adelante la medida. Ver, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Res. 1994/45, 26 August 1994, Arts. 20 y 30. En adelante, *Draft Declaration*. Ver también, Errico, Stefania, "Control over Natural Resources and Protection of the Environment of Indigenous Territories: Articles 29, 30 and 32", en Hohmann, Jessie y Weller, Marc (Edits.), *The UN Declaration on the Right of Indigenous Peoples. A Commentary*, (Oxford, Oxford University Press), 2018, p. 440

43 Acá se sigue principalmente la exposición hecha por Barelli, Mauro, *Seeking Justice in International Law. The significance and implications of the UN Declaration on The Rights of Indigenous Peoples,* (New York, Routledge), 2016, pp. 37 y ss.y Barelli, Mauro, "Free, Pior and Informed Consent in the UNDRIP", Op. Cit., pp. 268 y 269.

44 Ver Scheinin, Martin y Åhrén, Mattias, "Relationship to Human Rights and Related International Instruments", en Hohmann, Jessie y Weller, Marc (edits.), *The UN Declaration on the Right of Indigenous Peoples. A Commentary*, (Oxford, Oxford University Press), 2018, pp. 82 y 83.

45 Art. 46 Nº2: "(...) El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y será sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática".

sustenta en dos fuentes específicas del derecho internacional. Por una parte, está la Recomendación General Nº23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés), de 1997. En ésta, el Comité exhorta a los Estados Partes a que:

> Garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública *y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado*[46].

Como puede apreciarse, el CERD construye un criterio de "consentimiento como requisito" aplicable a un rango amplísimo de situaciones, a saber, que la decisión se "relacione directamente" con los derechos e intereses de los pueblos indígenas. En la medida que es una "relación directa" y ni siquiera una "afectación directa", es evidente que se abandona el concepto de "excepcionalidad" en la configuración del supuesto de hecho que gatilla el consentimiento.

Junto a esta observación del CERD, la otra fuente que apoya esta comprensión extensiva del consentimiento se encuentra en un reporte de James Anaya, cuando era Relator Especial de Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas. En su Informe al Comité de Derechos Humanos de 2013, al referirse a los proyectos extractivos dentro de los territorios indígenas, Anaya establece como regla general que "no se deben realizar actividades extractivas dentro de los territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado"[47]. Para Anaya, esta regla general se derivaría del papel que juega el CPLI como salvaguardia de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas y de los conocidos impactos de la industria extractiva en territorios indígenas:

> No hay duda de que, habida cuenta del carácter invasivo de la extracción de los recursos naturales a escala industrial, el disfrute de esos derechos se ve invariablemente afectado de una u otra forma cuando las actividades extractivas tienen lugar dentro de los territorios indígenas; de ahí se deriva la

46 CERD, *General recommendation XXIII on the rights of indigenous peoples*, A/52/18, annex V, para 4.d. Énfasis agregado.

47 HRC, *Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples, James Anaya. Extractive industries and indigenous peoples*, A/HRC/24/41, 01-07- 2013, párr. 27.

regla general de que el consentimiento de los indígenas es obligatorio para las actividades extractivas dentro de sus territorios[48].

Ambas hipótesis, por cierto, son más bien marginales en el DIDH y han tenido poca relevancia práctica, pero de todas maneras han ejercido influencia en ciertas posturas que defienden una concepción amplia del CLPI[49].

3.3 ¿Cuál estándar?

Llegados a este punto, podemos sacar ya una serie de conclusiones sobre el denominado "estándar del consentimiento". La primera y más obvia es que no existe, en realidad, un "estándar internacional" del CLPI. Lo que hay, en cambio, son una serie de normas equivalentes o similares, pero en lo absoluto idénticas, que si bien parecen apuntar hacia un mismo lugar, difieren sustantivamente en el supuesto de hecho o premisa fáctica, e incluso, aunque en menor medida, en la consecuencia jurídica. Pero, además, si bien emergen y se sitúan en el mismo contexto -i.e., el DIDH-, estas normas se encuentran contenidas en diversas fuentes del derecho internacional, las que varían en su vinculatoriedad para los Estados. De hecho, es posible observar que existe una relación inversamente proporcional entre la amplitud de la regla de CLPI y la obligatoriedad de la fuente: mientras más comprensiva y general sean las circunstancias que determinan la procedencia del consentimiento, menor es el "peso normativo" de la fuente y, por consiguiente, menos razones tiene el Estado para entenderse obligado a cumplirla -e.g., la Observación General Nº23 del CERD-. En sentido contrario, mientras más específica y limitada es la norma de consentimiento, mayor grado de vinculatoriedad tiene -e.g., Art. 16Nº2 del Convenio Nº169.

Por cierto, estas dificultades tampoco se resuelven con una lectura que propugna que el consentimiento sea interpretado de manera que garantice la protección efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, debiendo operar como "requisito" en todos aquellos casos en que dichos derechos se vean gravemente amenazados. Al contrario, un razonamiento de este tipo presenta importantes problemas de forma y fondo.

48 HRC, Op. Cit., párr. 28.

49 Por ejemplo Doyle, Cathal, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources. The Transformative Role of Free Prior and Informed Consent*, (New York, Routledge), 2015, pp. 158 y 159; y Gilbert, Jérémie, *Indigenous Peoples' Land Rights under International Law. From victims to Actors,* (Brill Nijhoff, Netherlands, Second Revised Edition), 2016, pp. 240-243.

En lo formal, cabe apuntar primero que dicha interpretación se apoya en fuentes que, salvo el caso de la jurisprudencia de la Corte IDH para los Estados Partes en los juicios (Art. 68Nº1, CADH)[50], no sea vinculantes para los estados[51]. Además, las sentencias o resoluciones usualmente utilizadas para apoyar esta interpretación no representan una postura uniforme y constante de los propios órganos que las emitieron[52]. Esto significaría que la interpretación escoge, dentro de ámbitos de jurisprudencia determinado, solo aquellas decisiones que le convienen a su argumento, ignorando el resto - i.e., la falacia lógica que se conoce como *cherry picking*-. A estos problemas de índole formal cabe adicionar una dificultad sustantiva. En la lectura del Art. 32Nº2 de la Declaración que se está analizando, si el Estado no obtiene el CLPI de los grupos afectados, solo puede llevar adelante un proyecto extractivo si demuestra que la restricción a los derechos indígenas que se produce está justificada en el marco del DIDH. Esto es, que dicha limitación es, en esencia, proporcional. Pero, así planteada, la interpretación parece sostener que, si se tiene el CLPI de la comunidad afectada, la limitación de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas producto del proyecto puede ser desproporcionada. En otras palabras, el consentimiento de la comunidad afectada haría "suponer que toda limitación del ejercicio de sus derechos es admisible y que no se infringen sus derechos"[53], con

50 Con todo, de acuerdo a la doctrina del "control de convencionalidad" creada por la Corte IDH, las sentencias de la Corte IDH tendrían una eficacia *erga omnes* para todos los Estados parte de la CADH. Ver, por todos, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Conventionality Control the New Doctrine of the Inter American Court of Human Rights", AJIL, Unbound, Vol. 109, (Cambridge University Press), 2015, pp. 93-99. Sin embargo, esta doctrina no está exenta de críticas. Ver, entre otros, Contesse, Jorge, "Resisting the Inter-American Human Rights System", en Yale Journal of International Law, Vol. 44, Nº2, 2019 y Contreras Vásquez, Pablo, "Análisis Crítico del Control de Convencionalidad", en Contreras Vásquez, Pablo y García Pino, Gonzalo, *Estudios sobre el control de convencionalidad*, (Santiago, Der Ediciones), 2020, pp. 169-206.

51 Las fuentes generalmente citadas en respaldo de esta interpretación son: Corte IDH, caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam. Fondo,* 28-11-2007, párr. 134; Comité de Derechos Humanos, *Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, CCPR/C/95/D/1457/2006, Comunicación No 1457/2006, 24 de abril de 2009, párr. 7.6; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general Nº 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturas)*, E/C.12/GC/21/Rev.1, 17 de mayo de 2010, párr. 55(e); African Commission on Human and Peoples Rights. *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group (on behalf of Endorois Welfare Council) / Kenya*, Communication Nº276/03.15 November 2009, párr. 291 (en adelante, *Endorois*); y Consejo de Derechos Humanos*, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/66/288, 10 de agosto de 2011, párr. 83.

52 Ver, por ejemplo, el uso del consentimiento en la jurisprudencia de la Corte IDH. Acá, luego de haberse referido en *Saramaka* no volvería a aparecer en las sentencias posteriores de la Corte sobre derechos territoriales indígenas. Algo similar sucede con el uso del consentimiento en *Endorois* en relación con el Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos. Ver Carmona, Cristóbal, "Consentimiento Libre, Previo e Informado en el contexto de proyectos extractivos en territorio indígena: ¿Regla general y derecho consuetudinario internacional?", en Revista Brasileira de Políticas Públicas, Vol. 9, Nº3, (Centro Universitario de Brasilia), 2019, p. 392.

53 Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya. Las industrias extractivas y los pueblos indígenas, A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013, párr. 33.

independencia de si esta conclusión es materialmente verdadera o no. Mirado bajo esta luz, el CLPI sería simplemente "una expresión de acuerdo o voluntad de que se lleve a cabo un acto que, de otra forma, sería la violación de un derecho"[54]. Pero, si esto es así, el argumento no solo es peligroso, sino también inconsistente. Es peligroso, pues concebiría al CLPI como un instrumento para evadir el respeto de los derechos de los pueblos indígenas. Es inconsistente, pues contradeciría la premisa básica en la que se sustenta la mentada interpretación en primer lugar, a saber: que el consentimiento tiene que ser interpretado de manera que garantice la protección efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Al fin, esta pluralidad normativa en torno al CLPI da cuenta que no existiría un solo estándar coherente que sea aplicable/exigible a los Estados, sino que finalmente distintos "estándares" los que variarán de acuerdo a las premisas interpretativas o que utilicen los actores respecto a qué fuentes cuentan -y cómo cuentan- en la construcción del estándar y cómo se resuelven las inconsistencias entre ellas. Así, por ejemplo, desde un enfoque no-consensualista o descendente del derecho internacional[55], en donde la autoridad de las normas dimana en último término de consideraciones de justicia, se prestará más atención a qué normas pueden "elevar" el estándar, con independencia de su autoridad formal. Desde una perspectiva consensualista o ascendente, de acuerdo a la cual las normas de derecho internacional obligan porque expresan el consentimiento de los Estados, en cambio, el estándar estará configurando respetando la naturaleza formal de las fuentes que lo integran.

4. Revisitando las reclamaciones del CLPI en Chile

Volvamos, ahora, a los dos ejemplos revisados. La configuración de estándar de consentimiento que se utilizó en cada caso se situaba en un marco de referencia hermenéutico particular, de corte no-consensualista o descendente. Partamos por la propuesta constitucional. El Art. 191N°2 de la propuesta, recuérdese, señalaba que:

54 Coulter, Robert, *Free, Prior and Informed Consent: Not the Right is is Made Out to Be*, 2013, p. 1. Disponible en: https://www.indianlaw.org/sites/default/files/FPIC_RTC_Oct2013.pdf.

55 "There are two ways of arguing about order and obligation in international affairs. One argument traces them down to justice, common interests, progress, nature of the world community or other similar ideas to which it is common that they are anterior, or superior, to State behaviour, will or interest. They are taken as a given normative code which precedes the State and effectively dictates how a State is allowed to behave, what it may will and what its legitimate interests can be. Another argument bases order and obligation on State behaviour, will or interest. It takes as given the existence of States and attempts to construct a normative order on the basis of the "factual" State behaviour, will and interest. Following Walter Ullmann, I shall call these the "descending" and "ascending" patterns of justification". Koskenniemi, Martti, *From Apology to Utopia. The Structure of International Legal Argument*, (Cambridge University Press), 2005, p. 59.

> Los pueblos y naciones indígenas deberán ser consultados y otorgarán el consentimiento libre, previo e informado en aquellas materias o asuntos que les afecten en sus derechos reconocidos en esta Constitución.

En sus declaraciones, los promotores de esta iniciativa hablaban de "elevar el estándar de respeto a los derechos humanos" y que se asemejaba más a cómo la Declaración entendía el consentimiento. Si se examina esta norma desde la noción de "estándar internacional" y se la interroga por las fuentes que configurarían ese estándar, una primera cuestión que habría que descartar es que la disposición recoja algo de la noción de consentimiento de la DNUDPI. En su lectura estricta, la Declaración esta contiene solo dos casos de CLPI, a saber: desplazamiento y depósito de materiales peligrosas. En su lectura más amplia, se interpreta el Art. 32 de este instrumento de tal forma que el consentimiento se requiere frente a proyectos extractivos que vayan a generar efectos desproporcionados en los derechos de los pueblos indígenas. En ninguna de estas hipótesis, entonces, se requiere el consentimiento ante una circunstancia tan amplia como decisiones "afecten" los derechos de los pueblos indígenas.

De lo descrito en la sección anterior, la norma de consentimiento existente en las diferentes fuentes del DIDH que más se acercaría a la propuesta constitucional, sería aquella de la Recomendación General del CERD. Pues bien, en razón de lo anterior, imaginemos que la "constitucionalización del estándar" por parte de la propuesta constitucional se efectuó en base a esta fuente. Esta observación, recuérdese, requería el consentimiento para todas aquellas decisiones directamente relacionadas con los derechos e intereses de los pueblos indígenas. El problema con una fórmula de este estilo es que, si bien es parte del DIDH y pareciese proteger con mayor amplitud los derechos de los pueblos indígenas, está contenida en una fuente que difícilmente puede considerarse que genere algún tipo de obligación para el Estado. De partida, como su nombre lo dice, se trata de una "recomendación", es decir, no es vinculante para el Estado. Asimismo, también cabe notar que si bien las observaciones generales tienen valor de interpretación autoritativa de dicho tratado[56], tampoco puede negarse que sus comentarios pierden fuerza "cuando opinan sobre asuntos que pareciesen tener poco o nada que ver con las obligaciones convencionales del Estado Parte del tratado"[57], como sería

56 O'Flaherty, Michael, "Freedom of Expression: Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights and the Human Rights Committee´s General Comment No 34", en Human Rights Law Review, Vol 12, N°4, 2012, p. 644.

57 O'Flaherty, Michael, "The Concluding Observations of United Nations Human Rights Treaty Bodies", en

el caso -después de todo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial no contiene normas sobre pueblos indígenas, ni mucho menos sobre consentimiento-. Pero además, el CERD no ha sido consistente en la propia aplicación de esta norma de consentimiento. Por ejemplo, en sus observaciones finales sobre Chile de 2021, a pesar de enmarcar sus recomendaciones "A la luz de su recomendación general núm. 23", este comité solo reforzó la necesidad de consultar "con miras a obtener su consentimiento libre, previo e informado, tal y como establecen los instrumentos internacionales pertinentes". Es decir, ni siquiera planteó el tema del consentimiento como "requisito".

En este orden de ideas, si la propuesta constitucional pretendía solventarse en algún tipo de apelación al estándar internacional de derechos humanos en materia de consentimiento indígenas, lo más cercano de lo que podía asirse era la Recomendación General Nº23. Y, de ser así, evidentemente su noción de "estándar internacional" se construía en base a normas que no suponían, formalmente hablando, una obligación internacional para el Estado.

Algo similar sucede con la apelación por la Comunidad de Chiu Chiu a la sentencia de *Saramaka* de la Corte IDH, en el marco de la noción de estándar de derechos humanos. Hay tres puntos que son problemáticos de esta hipótesis de consentimiento. De partida, desde el punto de vista del consenso estatal, ya he señalado que de acuerdo al Art. 68Nº1 CADH la jurisprudencia de la Corte IDH solo es obligatoria para los estados partes en los juicios. Es cierto que de acuerdo a la doctrina del control de convencionalidad, la jurisprudencia interamericana también sería parte de dicho parámetro de control[58]. Sin embargo, dicha teoría no es, en lo absoluto, pacífica[59] y difícilmente puede decirse que ha tenido un impacto en la implementación de derechos de los pueblos indígenas en América Latina. A su vez, en *Saramaka*, la Corte IDH funda esta causal de CLPI en dos fuentes periféricas en el derecho internacional: un informe del Relator Especial Rodolfo Stavenhagen; y una observación efectuada por el CERD a Ecuador[60]. Ninguna de las dos, por cierto, era vinculante para el Estado condenado.

Pero, además, el recurrir a la causal de consentimiento desarrollada por la Corte IDH es complejo por razones de coherencia interna. Primero porque, como

Human Rights Law Review, Vol. 6, N° 1, 2006, p. 36.

58 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Op. Cit.

59 Ver, entre otros, Contesse, Jorge, "Resisting the Inter-American Human Rights System", en Yale Journal of International Law, Vol. 44, Nº 2, 2019, pp. 179-238; y Contreras Vásquez, Pablo y García Pino, Gonzalo, Op. Cit.

60 Corte IDH, Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam. Fondo*, 28-11-2007, párr. 134.

subrayó Shin Imai, el tribunal interamericano en sus dos sentencias sobre *Saramaka* utiliza tres tipos de hipótesis que, aunque similares, no son idénticas[61]. Así, en su sentencia de 2007, parte señalando que el consentimiento procede frente a "planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka". Tres párrafos después, describe la circunstancia que gatilla el CLPI en los siguientes términos: "grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio"[62]. Nótese que, en este último caso, el impacto debe ser sobre los "derechos de propiedad (...) a gran parte de su territorio". Finalmente, en su sentencia de interpretación de 2008, la Corte refiere que el consentimiento es necesario frente a proyectos "que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka"[63]. De nuevo, aunque similares, los supuestos de hecho no son idénticos, por lo que habría confusión sobre cuál de ellos es el que debe finalmente ser aplicado. Esto, por supuesto, no solo afecta la seguridad jurídica sino también la igualdad ante la ley. Con todo, quizás más importante que dicha falta de claridad, es el hecho que desde el año 2008 la Corte no ha vuelto a reiterar este estándar en ninguno de los casos subsecuentes. En efecto, en quince años de jurisprudencia de derechos territoriales indígenas y afrodescendientes, el tribunal interamericano ha afirmado la necesidad de consulta y de participación efectiva, pero no se ha pronunciado sobre el CLPI. Por ende, aun si se asume una teoría tan controvertida como la del control de convencionalidad, esta falta de coherencia en la jurisprudencia interamericana debería llevar a preguntarse por si existe, en realidad, un "estándar de consentimiento" dentro de dicha línea jurisprudencial.

En suma, tal como con la propuesta constitucional, la referencia a un estándar de derechos humanos que mandata la aplicación de la norma de CLPI concebida por la Corte IDH en *Saramaka*, implica una determinada concepción hermenéutica en virtud de la cual no se distingue ni la fuerza normativa ni la coherencia interna de la fuente utilizada; básicamente, "todo vale" en la construcción del estándar.

61 Imai, Shin, "Consult, Consent, and Veto: International Norms and Canadian Treaties", en Borrows, John y Coyle, Michael (Eds.), *The Right Relationship. Reimagining the Implementation of Historical Treaties*, (University of Toronto Press), 2017, p. 388.

62 Corte IDH, caso del pueblo *Saramaka vs. Surinam. Fondo*, 28-11-2007 párr. 137.

63 Corte IDH, caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam. Interpretación*, 12-08-2008, párr. 17.

5. A modo de conclusión: pensar pragmáticamente los derechos humanos

Tal como se ha visto a lo largo de este artículo, la noción de "estándar internacional de derechos humanos" y, más todavía, de "estándar de consentimiento", no denota un concepto claro y coherente que permita interpretar y aplicar las normas que forman dicho estándar. El qué derechos son parte del mismo y cómo se relacionan entre sí, dependerá, en realidad, de las opciones hermenéuticas que previamente hayan efectuado los intérpretes sobre estas y otras cuestiones. El resultado de esto es que, en la práctica, existen múltiples "estándares" de derechos humanos sobre una misma materia, que entregan directrices, principios y reglas disímiles entre sí.

En este orden de ideas, para terminar quisiéramos efectuar una breve reflexión respecto a la utilidad de persistir en discursos hermenéuticos -como las nociones de "estándar internacional" utilizadas en las reclamaciones del CLPI revisadas- basados en un enfoque "objetivo" o "no-consensualista". Bajo esta perspectiva, lo señalé, los tratados obligan a los Estados por consideraciones teológicas, utilitarias, de reciprocidad, de buena fe, o de justicia. Esta última perspectiva pareciese primar fuertemente cuando se trata de la interpretación de los tratados de derechos humanos. Como ha indicado, por ejemplo, Åhrén:

> (…) No sólo es aceptable, sino que de hecho se espera, que los tribunales internacionales de derechos humanos y otras instituciones internacionales interpreten los tratados humanos de manera que correspondan a los desarrollos dentro del derecho internacional y a la comprensión evolutiva de la justicia en general[64].

Esta postura hermenéutica es clara en el caso de la CIDH y de la Corte IDH. Este último órgano, se sabe, utiliza un modelo no-consensualista de interpretación. De acuerdo a esta perspectiva hermenéutica, sus argumentaciones adquieren legitimidad no en razón de la voluntad de los Estados, "sino de actores externos, y de una idea abstracta de derechos y de la dignidad humana"[65]. En su práctica interpretativa, la Corte IDH fija las obligaciones estatales en relación a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) siguiendo el desarrollo y evolución

64 Åhrén, Mattias, *Indigenous Peoples' Status in the International Legal System*, (Oxford University Press), 2016, p. 75.

65 Lixinski, Lucas, "The Consensus Method of Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights", en Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law, Vol. 3, N°1, (Faculty of Law of Thompson Rivers University), 2017, p. 94.

que ha tenido una materia específica -i.e, derechos indígenas, orientación sexual o derecho ambiental- dentro del "*corpus iuris* de derecho internacional"[66]. Para identificar y evaluar cuáles serían los desarrollos relevantes y las condiciones actuales a la luz de las que se deberá dar la interpretación de las disposiciones de la CADH, la Corte no solo recurre a otros tratados de los que sea parte el Estado, como autoriza su art. 29(b). Además, incorpora en su razonamiento y argumentación también tratados no ratificados, resoluciones de Naciones Unidas, observaciones generales de órganos de derechos humanos, etc.3. Es decir, fuentes respecto de las cuales el Estado no habría dado su consentimiento -explícito o tácito- para verse obligado por ellas. Dentro de la doctrina "objetivista", el Estado se vería obligado, por razones de justicia, a cumplir con los derechos humanos, con independencia de qué crea ese Estado o las personas y pueblos que la componen.

Sin entrar a desconocer los efectos positivos que tendría este tipo de argumentación o forma de concebir los derechos humanos como separados de la voluntad estatal si se piensa pragmáticamente hay, creo, un problema con esta visión. Siguiendo a Kennedy, pensar pragmáticamente sobre los DDHH significa hacerse cargo que los propósitos de los derechos humanos sean realizados[67]. En esta línea, el apelar a un *corpus iuris* del DIDH construido sobre la base de instrumentos internacionales respecto a los cuales los Estados no han manifestado -explícita o tácitamente- la voluntad de obligarse, "puede tener impactos profundos en su legitimidad *vis-à-vis* los Estados Partes"[68]. Esta falta de legitimidad, "afecta (la) habilidad (de la Corte) para promover el cambio que busca implementar a lo largo de las Américas"[69].

Visto lo anterior, quizás vale tener en consideración que hacer un derecho humano más "efectivo", no significa necesariamente atribuirle un sentido más amplio. Significa hacer que el goce de ese derecho sea una realidad. Por lo mismo, si se reconoce que el Estado es esencial en el cumplimiento de los DDHH en general y de los derechos de los pueblos indígenas en particular, pensar pragmáticamente los derechos humanos implica entender que su protección puede requerir, en ocasiones, definir el contenido positivo del derecho de una manera que facilite su implementación en un determinado momento histórico dentro de una región

66 Por ejemplo, Corte IDH, *Opinión Consultiva Medio Ambiente y Derechos Humanos*, OC-23/17, 15-11-2017, párr. 43.

67 Kennedy, David, *The Dark Sides of Virtue: Reassesing International Humanitarianism*, (Princeton University Press), 2004, p. 4.

68 Lixinski, Lucas, Op. Cit., p. 94.

69 Lixinski, Lucas, Op. Cit., p. 94.

particular. En algunas ocasiones esto puede sugerir la necesidad de una interpretación más amplia o categórica, mientras que en otras por una interpretación más a medida[70]. Lo importante, finalmente, es que los propósitos de los derechos humanos sean realizados.

70 Neuman, Gerald, "Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights", en European Journal of International Law, Vol. 19, Nº1, 2008, p. 115.

OPINIONES CONSULTIVAS SOBRE CAMBIO CLIMÁTICO EN TRIBUNALES INTERNACIONALES, ¿UNA CONTRIBUCIÓN A LA ACCIÓN CLIMÁTICA?

Pedro Cisterna Gaete[1]

Resumen

El presente artículo ofrece un análisis de los procesos de opiniones consultivas sobre cambio climático que se están viendo en tres tribunales internacionales: Corte Internacional de Justicia, Tribunal Internacional del Mar y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El trabajo busca ofrecer una mirada constructiva e integral a los procesos en comento, examinando elementos procedimentales y sustantivos, y potenciales contribuciones de estas opiniones al derecho y acción climática.

1. Introducción

Durante finales de 2022 e inicios de 2023, distintos tribunales internacionales recibieron oficialmente solicitudes para emitir opiniones consultivas sobre cambio climático. Estas solicitudes se presentaron respectivamente ante el Tribunal Internacional del Mar (TIM) en diciembre de 2022,[2] la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH) en enero de 2023[3] y la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en abril 2023.[4]

1 Candidato PhD en Derecho, Universidad de Edimburgo.

2 Tribunal Internacional del Mar (TIM), Request for an Advisory Opinion submitted by the Commission of Small Island States on Climate Change and International Law (Solicitud opinión consultiva TIM), 12 de diciembre 2022, disponible en: Request for an advisory opinion submitted by the Sub-Regional Fisheries Commission (SRFC) (itlos.org)

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la República de Colombia y la República de Chile, disponible en: soc_1_2023_es.pdf (corteidh.or.cr) (Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos)

4 Corte Internacional de Justicia, The General Assembly of the United Nations requests an advisory opinion from the Court on the obligations of States in respect of climate change (Solicitud CIJ), disponible en: The

El derecho internacional del cambio climático ha dado pasos importantes durante la última década, siendo el Acuerdo de París[5] un pilar esencial en ello. Este tratado ha sido definido como el suceso diplomático más importante de la historia reciente,[6] especialmente considerando su amplísima adherencia. Sin embargo, los significativos avances comprometidos han sido esquivos en su implementación, dando paso a críticas razonables hacia las negociaciones climáticas[7] y abriendo otras avenidas para acelerar la ambición, siendo la litigación climática uno de los instrumentos predilectos.[8]

Bajo este contexto, y en un espacio de meses, comenzaron a desarrollarse procedimientos de opiniones consultivas sobre cambio climático, generando expectación en Estados y diferentes actores asociados a la acción climática. El resultado y conclusiones a que lleguen los tribunales internacionales en estos procesos es todavía incierto, sin embargo, hay ciertos elementos que pueden ilustrar la potencial contribución de estos procesos a acelerar la acción climática a nivel global.

Por su extensión, este artículo no considerará en detalle el importante rol que Chile ha jugado en los tres procesos, requiriendo quizás un trabajo específico para analizar ello. Con todo, y brevemente, es realmente destacable la iniciativa de Chile de haber presentado en conjunto con Colombia[9] la solicitud de opinión consultiva a la CtIDH. Esto puede ser especialmente relevante para estandarizar niveles de acción climática en un continente altamente vulnerable a los efectos del cambio climático. Sin embargo, el rol del Estado chileno no se ha reducido al ámbito de la CtIDH, habiendo ya realizado presentaciones orales y escritas en el proceso que se sigue ante el TIM,[10] y votado favorablemente en la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU) para la solicitud de opinión consultiva

General Assembly of the United Nations requests an advisory opinion from the Court on the obligations of States in respect of climate change (icj-cij.org)

5 Acuerdo de París, diciembre 2015.

6 Ver, Fiona Harvey, 'Paris Climate Change Agreement: The World's Greatest Diplomatic Success' *The Guardian* (14 December 2015) https://www.theguardian.com/environment/2015/dec/13/paris-climate-deal-cop-diplomacy-developing-united-nations.

7 Ver, Pedro Cisterna Gaete, 'Why Global Climate Negotiations Have Stalled' (*The Conversationalist*, 29 September 2023) <https://conversationalist.org/2023/09/29/global-climate-negotiations-stalled-conference-of-the-parties-cop-bonn-inclusive-multilateralism/>.

8 Ver, UN Environment, 'Global Climate Litigation Report: 2023 Status Review' (*UNEP - UN Environment Programme*, 25 julio 2023) <http://www.unep.org/resources/report/global-climate-litigation-report-2023-status-review>.

9 Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos (n 2)

10 TIM, Written Statement of the Republic of Chile, disponible en: C31-WS-1-20-Chile_01.pdf (itlos.org)

ante la CIJ.[11] Lo anterior, demuestra, entre otras cosas, un consistente interés de Chile por llevar adelante procesos que contribuyan a la acción climática a nivel doméstico, regional y global.

Señalado lo anterior, este artículo pretende ofrecer diferentes elementos de análisis respecto a los tres procesos consultivos en marcha, identificando elementos procedimentales y sustantivos destacables en cada uno de ellos. En lo sustantivo, especialmente se analizarán tres componentes comunes a los tres procesos, como lo son la ciencia, los derechos humanos y las obligaciones climáticas con enfoque de equidad. Finalmente, considerando los elementos anteriores, el articulo presenta observaciones respecto a las potenciales contribuciones de estas opiniones a la acción climática.

2. Opiniones consultivas como instrumento del derecho internacional

Antes de analizar en específico los aspectos de las opiniones consultivas sobre cambio climático solicitadas en ITLOS, CIJ y CtIDH, es crucial conocer qué son estas opiniones y cuál es la naturaleza de sus efectos. De acuerdo a Thirlway, una opinión consultiva se define como la posición de un tribunal internacional sobre una determinada cuestión legal.[12] Como la CIJ señala en su opinión consultiva sobre *uso de armas nucleares*,[13] el fin de estas opiniones no es la resolución de un conflicto, sino prestar consejo legal a los órganos e instituciones que la solicitaron.[14] Esta facultad de tribunales internacionales de emitir opiniones no vinculantes tiene como antecedente la Corte Permanente Internacional de Justicia (CPIJ), que en el artículo 14 de su estatuto la concebía como una de sus funciones. En sus orígenes, la inclusión de esta función en la CPIJ no estuvo ausente de debate, existiendo jueces de este tribunal que interpretaban esta facultad como una reducción de autoridad.[15]

Sólo algunos tribunales internacionales poseen la facultad de brindar opiniones consultivas en materias legales amplias, tales como la identificación de reglas, obligaciones o derechos asociados a la consulta respectiva. Esta amplitud, según Oellers, es un elemento central para la influencia de estas opiniones en el progreso

11 Ver, 'General Assembly Adopts Resolution Requesting International Court of Justice Provide Advisory Opinion on States' Obligations Concerning Climate Change | UN Press' <https://press.un.org/en/2023/ga12497.doc.htm>.

12 Hugh Thirlway, 'Advisory Opinions' (*Oxford Public International Law*) <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e4?prd=EPIL>.

13 Corte Internacional de Justicia, Opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza o uso de armas nucleares, Reportes de la CIJ 1996, 226, 8 de julio 1996.

14 ibid, párrafo 15.

15 Karin Oellers-Frahm, 'Lawmaking Through Advisory Opinions?' (2011) 12 German Law Journal, p. 1033.

del derecho, no bastando la sola facultad de emitir opiniones no vinculantes.[16] Lo anterior, principalmente porque existen diversos tribunales internacionales con la opción de entregar opiniones consultivas, sin embargo, en algunos de ellos esta facultad es restringida a materias o situaciones muy específicas.

En el caso de la CIJ, la facultad que permite emitir opiniones consultivas emerge de dos reglas específicas, el artículo 65 del Estatuto de la CIJ[17] y el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas (ONU).[18] De acuerdo a estas disposiciones, tanto la AGNU como el Consejo de Seguridad, pueden solicitar opiniones consultivas a la CIJ. También, otros órganos de la ONU y agencias especializadas, pueden proceder a estas solicitudes en el marco de sus competencias.

En el caso del TIM, su capacidad para entregar opiniones consultivas no es explícita en la Convención del Mar (CDM). Sin embargo, y a raíz de la solicitud de una opinión consultiva presentada por la Comisión Subregional de Pesca,[19] el TIM argumentó que, de acuerdo al artículo 21 del Estatuto de dicho tribunal,[20] sí contaría con la capacidad de emitir dichas opiniones.[21] La condición principal para lo anterior, es que la solicitud de opinión consultiva se base en otro tratado que confiera jurisdicción al TIM.[22]

Finalmente, en el caso de la CtIDH, su estatuto reconoce la posibilidad de ejercer "función jurisdiccional y consultiva", regulando dicha atribución en el artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos.[23] La facultad para solicitar estas opiniones se otorga a los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) sobre ámbitos relacionados con la protección de los DDHH reconocidos por la Convención Americana de DDHH y otros tratados internacionales sobre dicha materia.[24] Además, se reconoce que ciertos órganos enumerados en la Carta de los Estados Americanos, podrán también presentar solicitudes de opiniones consultivas.[25]

16 Oellers-Frahm (n 14) 1040.

17 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 65

18 Carta de las Naciones Unidas, art. 96

19 Tribunal Internacional del Mar (TIM), Opinión consultiva Comisión Subregional de Pesca, 2015. (Caso Comisión Subregional de Pesca)

20 Estatuto del Tribunal Internacional del Mar, art. 21

21 Caso Comisión Subregional de Pesca, párrafos 37-57.

22 ibid., párrafos 54-57.

23 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 64

24 ibid.

25 Carta de los Estados Americanos, Capítulo X.

Otro elemento relevante de las opiniones consultivas, son las preguntas planteadas en las solicitudes respectivas, ya que estas definen el alcance de las respuestas que cada Corte puede ofrecer. En este sentido, resulta importante plantear solicitudes que quepan dentro de la jurisdicción y competencia de cada órgano, y sean hechas de acuerdo a las normas procedimentales fijadas por el mismo. De lo contrario, los riesgos de una potencial inadmisibilidad aumentan.

Un ejemplo de lo anterior, es la solicitud de opinión consultiva que la Organización Mundial de la Salud (OMS) realizo en 1993 a propósito de la legalidad de uso de armas nucleares.[26] Si bien, la OMS es una agencia especializada con capacidad para solicitar opiniones consultivas, tiene que además cumplir con los requisitos del artículo 96.2 de la Carta de las Naciones Unidas.[27] Uno de esos requisitos, y que la CIJ determinó como ausente en la solicitud de la OMS,[28] es que el contenido de la consulta debe caber dentro del alcance de actividades desarrollado por la agencia respectiva.[29] En la opinión de la CIJ, y considerando principalmente el artículo 2 de la Constitución de la OMS,[30] esta organización internacional habría excedido sus atribuciones al consultar sobre la *legalidad* de un tipo de armamento.[31]

Un tercer y esencial componente de las opiniones consultivas es que su naturaleza no es vinculante,[32] actuando más bien como orientaciones a las cuestiones que se le formulen a cada tribunal. Con todo, su carácter no vinculante, no impide que estas opiniones produzcan efectos jurídicos respecto de las cuestiones que aborden.[33] El debate sobre la capacidad de crear derecho que pueda tener la CIJ versus su capacidad para contribuir al desarrollo del derecho ya existente, es extenso. Sin la intención de entrar en él, es crucial considerar la opinión del juez Lauterpacht, enfatizando la función que las opiniones consultivas tienen el desarrollo del derecho y la conducta de los Estados.[34]

26 CIJ, Opinión consultiva sobre la legalidad del uso de armas nucleares, 1996, disponible en: icj-cij.org/sites/default/files/case-related/93/093-19960708-ADV-01-00-EN.pdf (n 13)

27 Carta ONU, art. 96.2.

28 Caso Armas Nucleares, párrafo 18 y siguientes.

29 Ibid.

30 Constitución de la Organización Mundial de la Salud, art. 2

31 Ibid.

32 CIJ, Reglas de la Corte, art. 102

33 Ver, Teresa F Mayr and Jelka Mayr-Singer, 'Keep the Wheels Spinning: The Contributions of Advisory Opinions of the International Court of Justice to the Development of International Law'.

34 H. Lauterpacht, The Development of International Law by the International Court, 1958, 156.

Como se señaló anteriormente, la contribución al derecho que puedan tener las opiniones consultivas está también definida por la cuestión que deba responder el tribunal. En ese sentido, estas opiniones "clarifican o establecen doctrinas básicas del derecho internacional"[35] constituyendo aportes "a la evolución conceptual" de este campo.[36] Ciertamente, estos dictámenes contienen una alta autoridad en el campo del derecho, proviniendo de órganos judiciales relevantes a nivel global y regional. Siguiendo esta noción, en el caso de las opiniones consultivas de la CIJ, hay autores que argumentan que contribuyen a clarificar el rol del derecho internacional respecto a cuestiones globales que importan a la comunidad internacional toda,[37] como por ejemplo el cambio climático.[38] Incluso, expandiendo las nociones anteriores, otros han sugerido que las opiniones consultivas podrían también servir como un instrumento que contribuya a conciliar disputas entre Estados.[39]

Considerando los aspectos anteriores, es claro que, si bien las opiniones consultivas no producen efectos jurídicamente vinculantes, sí contribuyen al desarrollo y evolución del derecho. En este sentido, la influencia que alcancen estas opiniones también dependerá de los niveles de aplicabilidad y uso que los Estados les otorguen a estos instrumentos. Así, aparecen efectos en, al menos, dos ámbitos. El primero, referido al aporte de las opiniones consultivas en el avance y evolución interpretativa del derecho, sugiriendo posibles caminos de aplicación. El segundo, sobre la influencia que dichas decisiones tengan en la práctica de los Estados. Este último es de la máxima importancia, y quizás, es lo que más legitimidad les otorga a las opiniones consultivas en el largo plazo. Este, es sin duda, un elemento a considerar en el análisis de las opiniones consultivas sobre cambio climático, y sobre lo cual volveremos más adelante en este artículo.

35 ibid 1046.

36 ibid.

37 Laurence Boisson de Chazournes, 'Advisory Opinions and the Furtherance of the Common Interest of Humankind', *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects* (Brill Nijhoff 2002).

38 Benoit Mayer, 'International Advisory Proceedings on Climate Change' (2023) 44 Michigan Journal of International Law, p. 44.

39 Ver, Rüdiger Wolfrum, 'Advisory Opinions: An Alternative Means to Avoid the Development of Legal Conflicts?' in Hélène Ruiz Fabri (ed), *International Law and Litigation* (Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co KG 2019).

3. Contexto de las opiniones consultivas sobre cambio climático solicitadas

Examinadas las principales características de las opiniones consultivas y la naturaleza de sus efectos, ahora el análisis se enfocará en las referidas al cambio climático en particular. Para ello, resulta indispensable establecer el contexto en que estas emergen. En materia de cambio climático, este contexto se compone de múltiples variables, pero este artículo se referirá principalmente a dos. Primero, los avances científicos respecto de los efectos del cambio climático y la crítica situación que enfrentamos al respecto. Segundo, el progreso de las negociaciones climáticas y las dificultades para mejorar el cumplimiento de los compromisos climáticos asumidos por los Estados, especialmente los más desarrollados.

Sobre el primer elemento contextual, la referencia principal es el Reporte de número 6 (AR6) del Panel Intergubernamental del Cambio Climático (IPCC).[40] Primero, es importante precisar que el IPCC es un órgano multinacional compuesto por científicos expertos de 195 países, y que elabora informes sobre los avances científicos del fenómeno climático, así como también sus impactos y posibles acciones a implementar.[41] Como antecedente, el grupo de trabajo 1, revisó para su último informe más de 14.000 artículos sobre cambio climático, publicados en revistas académicas de gran impacto.[42]

Varios aspectos son destacables del AR6, siendo un componente central la definición inequívoca de la actividad humana como causa del cambio climático.[43] Esto, es de la máxima relevancia, porque si bien dicha causa era definida de "alta confianza"[44] en informes previos, la nueva evidencia lo calificó como un elemento inequívoco. Esta calificación, la más alta del IPCC, demuestra la urgencia de acciones climáticas, y el desarrollo de actividades humanas coherentes con el desarrollo de sistemas sostenibles y resilientes a los efectos climáticos. Nueva evidencia también se presentó respecto a los efectos del cambio climático, precisando en mayor medida los impactos climáticos a la vida de personas y ecosistemas, especialmente las más vulnerables.[45]

40 Panel Intergubernamental de Cambio Climático (IPCC), Reporte número 6, 2022, disponible en: Sixth Assessment Report — IPCC (AR6).

41 ibid.

42 IPCC, Fact sheet, disponible en: AR6 Fact sheet (ipcc.ch)

43 IPCC, AR6 Summary for policy makers, 2022.

44 ibid.

45 IPCC, Summary for policymakers, WGII, 12, disponible en: https://www.ipcc.ch/report/ar6/wg2/downloads/report/IPCC_AR6_WGII_SummaryForPolicymakers.pdf

La evidencia científica incorporada en el AR6, impone un contexto de urgencia evidente para acelerar la acción climática y responder ante los desafíos globales impuestos por el cambio climático. En este sentido, será relevante cómo las opiniones consultivas solicitadas otorgan un valor jurídico a dichas evidencias para definir obligaciones de los Estados respecto a la acción climática.

Un segundo elemento, de naturaleza más política y parte de las relaciones internacionales, es el estado actual de las negociaciones climáticas. Como breve contexto, es importante saber que estas negociaciones se desarrollan anualmente bajo la Conferencia de las Partes (COP) de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC).[46] Fue en este foro donde se logró el Acuerdo de París,[47] que si bien supuso un progreso sustantivo en el régimen climático por el amplio consenso que alcanzó, su implementación y definición más detallada de sus disposiciones ha sido compleja.[48]

La tensión entre los compromisos adquiridos e incumplidos por países desarrollados y la demanda de los países en desarrollo y más vulnerables para su cumplimiento, constituye una disputa permanente. En este sentido, la manera de aplicar el principio de equidad[49] y el de responsabilidades comunes pero diferenciadas (RCPD) ha sido y es, un enorme desafío para el régimen climático.[50] Un buen ejemplo de lo anterior, fue la última reunión del Comité Transicional para el establecimiento del fondo de Pérdidas y Daños,[51] donde por una fuerte oposición de Estados Unidos, no se incorporó el principio de equidad dentro del texto del acuerdo. Similares desafíos existen en otros tópicos de negociación, tales como financiamiento climático,[52] objetivo global de adaptación[53] y acciones de mitigación.[54]

46 CMNUCC, art. 7.

47 CMNUCC, Decisión 1/CP.27

48 Ver por ejemplo, Programa Naciones Unidas para el Medio Ambiente, UN Environment, 'Emissions Gap Report 2023' (*UNEP - UN Environment Programme*, 11 August 2023) <http://www.unep.org/resources/emissions-gap-report-2023>.

49 CMNUCC, art. 3

50 ibid.

51 Ver, Decisión 2/CP.27 y 2/CMA.4, que establecen Comité Transicional para el establecimiento de un Fondo de Pérdidas y Daños.

52 Ver, WP Pauw and others, 'Post-2025 Climate Finance Target: How Much More and How Much Better?' (2022) 22 Climate Policy 1241.

53 Ver, Emilie Beauchamp, 'Progressing the Global Goal on Adaptation — Key Issues' (International Institute for Environment and Development 2021) <https://www.jstor.org/stable/resrep29028>.

54 Harro van Asselt and Fergus Green, 'COP26 and the Dynamics of Anti-Fossil Fuel Norms' (2023) 14 WIREs

Bajo este escenario, los Pequeños Estados Insulares (PEI), representados por el Grupo AOSIS[55] y SIDS,[56] han sido un colectivo que ha convertido su alta vulnerabilidad climática en una fortaleza dentro de las negociaciones climáticas.[57] Varias de las iniciativas que refuerzan el principio de equidad en el régimen climático, han sido impulsadas por estos grupos, siendo una de ellas el fondo de Pérdidas y Daños adoptado en la COP27.[58] Otro elemento relevante empujado por este grupo fue la inclusión de los 1.5 grados de temperatura global en los objetivos del Acuerdo de París, fijando un estándar más exigente a los países más emisores, y de paso proteger países y comunidades más vulnerables.[59]

Si bien, los PEI han demostrado la capacidad de negociar e incorporar aspectos cruciales para la implementación del principio de equidad, existen aún ámbitos donde los países históricamente responsables por el cambio climático no quieren ceder. En este escenario, algunos países en desarrollo, miran las opiniones consultivas de tribunales internacionales como una herramienta que puede catalizar el avance de compromisos y acciones climáticas. Esto, no con el objeto de reemplazar las negociaciones climáticas, sino más bien para complementar y dar más legitimidad y certeza a las obligaciones que los países históricamente responsables deben asumir para enfrentar la crisis climática actual.

La primera campaña para solicitar una opinión consultiva sobre cambio climático a la CIJ fue anunciada por Palau y las Islas Marshall el 2011.[60] Estados Unidos y China inmediatamente se opusieron a que la solicitud de Palau prosperara, y la campaña nunca logró los apoyos necesarios para presentar un borrador de consulta a la AGNU. Sin embargo, la idea de acudir a la CIJ se instaló, y en 2021 Vanuatu retomó la iniciativa.[61] En marzo de 2023, la AGNU finalmente adoptó

Climate Change e816.

55 AOSIS, https://www.aosis.org/about/chair-of-aosis/

56 Small Island Developing States, https://www.un.org/ohrlls/content/about-small-island-developing-states

57 Ver, Espen Ronneberg, 'Small Islands and the Big Issue' [2016] The Oxford Handbook of International Climate Change Law <http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/law/9780199684601.001.0001/oxfordhb-9780199684601-e-34>.

58 Decisión 2/CP.27 y 2/CMA.4

59 Ver, Timothée Ourbak and Alexandre K Magnan, 'The Paris Agreement and Climate Change Negotiations: Small Islands, Big Players' (2018) 18 Regional Environmental Change, p. 2201.

60 ONU, 'Palau Seeks UN World Court Opinion on Damage Caused by Greenhouse Gases | UN News' (22 September 2011) <https://news.un.org/en/story/2011/09/388202>.

61 Ver, Somini Sengupta, 'Can Nations Be Sued for Weak Climate Action? We'll Soon Get an Answer.' *The New York Times* (29 March 2023) <https://www.nytimes.com/2023/03/29/climate/united-nations-vanuatu.html>.

por consenso una resolución basada en un borrador presentado por Vanuatu, solicitando una opinión consultiva a la CIJ.[62]

En el caso de la solicitud al TIM, los actores son similares, dado que fue la Comisión de PEI sobre cambio climático, la que solicitó la opinión consultiva a dicha Corte.[63] Aquí, el proceso fue menos político y más jurídico. Como fue señalado anteriormente, descansando en la decisión del TIM en *Subcomisión regional de Pesca (SRP)*,[64] la Comisión de PEI presentó la solicitud de opinión consultiva basándose en el acuerdo internacional suscrito para la conformación de dicha Comisión.

Finalmente, en el caso de la CtIADH la situación fue diferente. Como antecedente, la CIDH publicó el 2021 la resolución "Emergencia Climática: alcance de las obligaciones interamericanas de derechos humanos",[65] abordando distintos campos de acción climática tales como mitigación, adaptación, financiamiento y transición justa desde la perspectiva de los derechos humanos. En este sentido, la solicitud presentada por Chile y Colombia, es coherente con la resolución de la CIDH, ya que en su objetivo es dilucidar y aclarar la relación entre la acción climática y las obligaciones de derechos humanos requeridas para los Estados de la región.

Tanto los avances científicos como el estado de las negociaciones climáticas, ilustran y confirman los altos niveles de vulnerabilidad que sufren ciertas naciones y comunidades. En este sentido, la vulnerabilidad ha sido un factor catalizador para encontrar alternativas que aceleren la acción climática, siendo la presentación de solicitudes de opiniones consultivas por países en desarrollo y altamente vulnerables una clara evidencia.

4. Elementos para el análisis.

Como se indicó anteriormente, las palabras y enfoque de las solicitudes de opiniones consultivas ante tribunales internacionales, definen, al menos, dos ámbitos. Una primera procedimental, respecto a la admisibilidad de la solicitud en el tribunal respectivo y su jurisdicción frente a la cuestión planteada. El segundo ámbito

62 Ver, 'General Assembly Adopts Resolution Requesting International Court of Justice Provide Advisory Opinion on States' Obligations Concerning Climate Change | UN Press' (n 10)

63 Ver, TIM, Solicitud opinión consultiva Comisión PEI, disponible en: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Request_for_Advisory_Opinion_COSIS_12.12.22.pdf

64 TIM, Solicitud opinión consultica Subcomisión Regional de Pesca, disponible en: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/Request_for_Advisory_Opinion_COSIS_12.12.22.pdf

65 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Emergencia Climática: alcance de las obligaciones interamericanas de derechos humanos, 2021.

definido por cada solicitud es sustantivo, y se refiere principalmente a cuáles serán las materias que debería abordar cada tribunal, definiendo en consecuencia el alcance de las potenciales opiniones.

4.1 Lo procedimental

Sobre el primer aspecto, las solicitudes planteadas a la CIJ y la CtIADH guardan más certezas sobre su admisibilidad. Sobre la CIJ, el proceso de la solicitud cumplió con todos los requisitos exigidos por el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas.[66] Además, la solicitud cuenta con alta legitimidad, dado que el borrador de resolución auspiciado por más de 40 estados[67] fue adoptado por consenso en la AGNU. La literatura ha sostenido que la cuestión planteada en la solicitud es "claramente una legal", por lo que no habría ninguna razón por parte de la CIJ para rechazar su jurisdicción. Respecto a la CtIDH, no existen razones para que dicho tribunal decida no conocer la consulta presentada por Chile y Colombia, ya que fue presentada cumpliendo con los requisitos del artículo 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos.[68]

Quizás, el caso menos concluyente en cuanto a jurisdicción es el del TIM. La CDM no otorga explícitamente una facultad para que el TIM dicte opiniones consultivas, otorgándose dicha atribución sólo a la *Cámara del Fondo Marino* y bajo escenarios muy estrictos.[69] Por ende, un primer punto al que deberá referirse el TIM para conocer de la solicitud de opinión consultiva, será sobre su propia competencia sobre el caso. En esta línea, si bien el TIM definió dicha jurisdicción el 2015 en el caso *SRP*, aún existen posturas divergentes al respecto. Es destacable en este sentido, la declaración del *Juez Cot* en el caso *SRP*, refutando la argumentación utilizada por el TIM para adjudicarse dicho caso.

Otro elemento interesante en el debate sobre la facultad del TIM para emitir opiniones consultivas, son las posturas divergentes de los Estados parte de la CDM y que ya han presentado escritos para los procedimientos sobre cambio climático del TIM. Aquí, la mayoría de los países reconoce la jurisdicción que tendría el TIM sobre la solicitud presentada, sin embargo, hay otros como el Reino Unido[70]

66 Carta de las Naciones Unidas, art. 96

67 Chile una de ellas.

68 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 64

69 Convención del Mar, art. 191.

70 TIM, Solicitud opinion consultiva cambio climático, presentación Reino Unido: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-27-UK.pdf

o China,[71] que son más escépticos o derechamente refutan dicha atribución. Sobre lo expuesto, es posible que el TIM, al pronunciarse sobre su jurisdicción, profundice ciertos argumentos ya anunciados en la opinión de *SRP* para justificar su competencia y, en definitiva, aumentar la legitimidad de su dictamen.

4.2 Lo sustantivo

Sobre lo sustantivo, hay algunos aspectos que se reiteran en las solicitudes propuestas, y que podrían orientar las posibles respuestas de cada tribunal. Así, esta sección analizará tres aspectos sustantivos compartidos por estas solicitudes: ciencia, derechos humanos y, obligaciones y equidad climática. Estos elementos configuran las prioridades jurídicas y normativas de las solicitudes, situando también los posibles caminos que puedan tomar los tribunales respectivos.

a) Ciencia

Como fue indicado a propósito del contexto de estas solicitudes de opiniones consultivas, la evidencia científica ha sido un elemento central. El preámbulo de la resolución aprobada por la AGNU para solicitar la opinión consultiva, señala como componente central el "consenso científico"[72] respaldado por los informes elaborados por el IPCC. [73] En específico, replica la certeza científica ofrecida por el último informe del IPCC sobre la actividad humana como causa inequívoca del cambio climático.

Siguiendo una línea similar, la solicitud de opinión consultiva ante la CtIDH también se refiere a la evidencia científica. En este sentido, el texto aborda tanto las proyecciones de las temperaturas globales como los efectos que el cambio climático está provocando en comunidades y ecosistemas.[74] La solicitud expone detalladamente fenómenos que distintas zonas geográficas del continente sufrirán a propósito del cambio climático,[75] señalando los impactos que estos tendrían en el disfrute de derechos humanos por parte de comunidades vulnerables. En definitiva, la ciencia es utilizada por los solicitantes como un argumento para reforzar el "vinculo estrecho entre la emergencia climática y la afectación de derechos

71 TIM, Solicitud opinion consultiva cambio climático, presentación China: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-8-China__transmission_ltr._.pdf

72 UNGA, Resolución "Request for an advisory opinion of the International Court of Justice on the obligations of States in respect of climate change", A/77/L.58, 2023.

73 Ibid.

74 Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos, 2.

75 ibid, 3 y siguientes.

humanos".[76]

Finalmente, respecto de la solicitud al TIM, si bien no existe una referencia explicita a la ciencia, sí existe en las preguntas planteadas referencias a algunos de los impactos sobre los océanos indicados por el IPCC en sus informes, tales como el calentamiento, acidificación y subida del nivel del mar.[77] Asimismo, la Comisión de PEI sobre Cambio Climático, acompañó documentos en tres ámbitos para apoyar su solicitud, siendo uno de ellos, extractos de informes del IPCC relacionados a las temáticas consultadas.[78]

La incorporación de la ciencia en acciones y decisiones judiciales, es un fenómeno cada vez más frecuente a propósito de la litigación climática. Científicos y jueces, colaboran entre sí para decidir, con la mejor evidencia posible, conflictos judiciales climáticos. Un ejemplo interesante en este sentido, es el caso *Lliuya v RWE*,[79] donde un agricultor peruano está demandando a una empresa alemana por el deshielo de glaciares en los Andes. En su demanda, el agricultor utiliza evidencia científica local complementada por informes del IPCC, principalmente para demostrar la atribución científica del fenómeno. Es tal la importancia de la ciencia en este caso que, durante 2022, el tribunal ordenó la visita de expertos de ambas partes a los glaciares objeto de la demanda, y así ver *in situ* los efectos reclamados.

El caso descrito demuestra un efecto interesante, primero la necesidad de incorporar evidencia científica para sostener acciones judiciales, y segundo, la ponderación de dicha evidencia científica por las Cortes al decidir el caso. Claramente, la consideración de elementos científicos en las solicitudes de opiniones consultivas estudiadas, demuestra cuán relevante es la evidencia del cambio climático en acciones judiciales, tanto a nivel doméstico como internacional. Asimismo, es altamente probable que, así como lo han desarrollado Cortes domésticas, los tribunales internacionales incorporen dicha evidencia científica en sus decisiones.

b) Derechos Humanos

Un segundo elemento común de estas solicitudes, es la consideración en mayor o menor medida, de los derechos humanos en relación con el cambio climático.

76 ibid, 5.

77 Solicitud opinión consultiva TIM.

78 Documentos disponibles en: https://www.itlos.org/en/main/cases/list-of-cases/request-for-an-advisory-opinion-submitted-by-the-commission-of-small-island-states-on-climate-change-and-international-law-request-for-advisory-opinion-submitted-to-the-tribunal/

79 Ver, 'Luciano Lliuya v. RWE AG' (*Climate Change Litigation*) <https://climatecasechart.com/non-us-case/lliuya-v-rwe-ag/>.

Ciertamente, la solicitud presentada a la CtIDH, es la que más se enfatiza la relación DDHH y cambio climático. La CtIDH requiere basar sus fallos en el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente la Convención Americana, por lo que era esencial que los solicitantes orientaren su presentación a reforzar dicha relación.[80] Es por ello que la solicitud es clara en cuanto a la necesidad de "esclarecer en mayor medida los fundamentos y el alcance de los derechos humanos afectados por la emergencia climática, como también las obligaciones para hacerles frente".[81] Las preguntas presentadas por Chile y Colombia, consideran derechos humanos procedimentales y sustantivos, enfatizando la necesidad de esclarecer el rol de los Estados en la protección de derechos humanos en contexto de crisis climática.

En el caso de las otras dos solicitudes, CIJ e ITLOS, si bien los derechos humanos son considerados, su centralidad es menor. En el caso de la CIJ, hay dos elementos importantes de mencionar. Primero, la resolución de la Asamblea General aprobada para solicitar la opinión consultiva, llama a considerar expresamente el derecho humano a un ambiente limpio, sano y sustentable.[82] Asimismo, toma en cuenta todas las resoluciones sobre derechos humanos y cambio climático,[83] resaltando la importancia de clarificar esta relación en la opinión consultiva que la CIJ dicte. Finalmente, tanto la resolución de la UNGA como el texto de la solicitud, contienen referencias explicitas a distintos tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos, reflejando el interés en que la CIJ pondere la situación de los derechos humanos en un contexto de crisis climática y obligaciones de los Estados en ello.[84]

En el caso de ITLOS, como el objeto protegido es el océano, la consideración de los derechos humanos es menos relevante.[85] Así, las consideraciones sobre derechos humanos, no son parte central de los instrumentos presentados por los solicitantes. Esto, tomando en cuenta no sólo la solicitud de opinión consultiva, sino también el Acuerdo que constituye la Comisión de PEI sobre Cambio Climático y los dossiers presentados en conjunto a la solicitud.[86] Ninguno de estos instrumentos considera derechos humanos para la decisión de la Corte.

80 Solicitud de Opinión Consultiva sobre Emergencia Climática y Derechos Humanos.

81 ibid, 6.

82 ANUG, Resolución A/RES/77/2276.

83 ibid.

84 ibid.

85 Solicitud opinión consultiva TIM.

86 Acuerdo que constituye la Comisión de PEI sobre Cambio Climático.

Una última razón, es que el TIM debe resolver y desarrollar dictámenes basados en la Convención del Mar, instrumento que en ninguna de sus partes contempla derechos humanos. Haber incorporado preguntas o consideraciones de derechos humanos en la solicitud, hubiese sido un riesgo para la admisibilidad de la solicitud ante el TIM. Sin embargo, al analizar las declaraciones escritas y orales hechas por otras partes no solicitantes de la opinión, resulta interesante como algunos Estados sugieren al Tribunal considerar derechos humanos en su opinión.[87]

En conclusión, la diferencia en el peso de los derechos humanos en las solicitudes estudiadas, está dada por la competencia de la Corte respectiva para fallar acorde o considerando derechos humanos. En este sentido, y considerando las posibles restricciones del TIM para referirse a derechos humanos, será interesante como la CIJ o la CtIDH incorporen situación de derechos humanos para el caso de efectos del cambio climático sobre océanos, principalmente en relación a las comunidades costeras.

c) Obligaciones climáticas y equidad.

Un tercer elemento compartido entre las solicitudes, es el enfoque en definir y clarificar obligaciones de los Estados en relación a la acción climática. En general, las opiniones consultivas no definen obligaciones, sin embargo, sí pueden contribuir a aclararlas.[88] Sobre la clarificación de obligaciones, algo interesante que comparten las solicitudes en análisis, es el balance entre obligaciones climáticas y el principio de equidad. Esto, es una clara orientación a las Cortes sobre la necesidad de que cualquier definición de obligaciones climáticas, debe considerar las responsabilidades históricas y capacidades de cada parte.

Este enfoque no es casual. Todas las solicitudes fueron presentadas por países en desarrollo, y en especial, ante la CIJ y TIM, las opiniones fueron promovidas y requeridas por los PEI, naciones definidas como especialmente vulnerables al cambio climático por la CMNUCC.[89] La vinculación de obligaciones climáticas y equidad apunta a enfatizar aún más los compromisos no cumplidos de los países desarrollados, y de ser este elemento acogido por las Cortes, podrá servir como un argumento de peso para los países en desarrollo.

En materia climática, la equidad es un principio reconocido por el artículo 3

87 Ver, presentación oral y escrita de Chile ante el TIM, disponible en: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/31/written_statements/1/C31-WS-1-20-Chile_01.pdf

88 Ver, Rebecca McMenamin, 'Advisory Opinion on Obligations of States in Respect of Climate Change: Potential Contribution of Human Rights Bodies' (2023) 13 Climate Law, p. 213.

89 CMNUCC, art. 4.

de la CMNUCC, en sus esferas intra e intergeneracional.[90] Este principio, tiene aplicación interestatal a través del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas (RCPD),[91] también acogido por la CMNUCC en la señalada disposición. Estas reglas son centrales en el desarrollo del régimen climático internacional, siendo fundamentales en los tratados más relevantes en esta materia y el avance de los debates en torno a su implementación efectiva.[92]

Además de la CMNUCC, tanto el Protocolo de Kioto[93] como el Acuerdo de París,[94] reconocen estos principios. El primero, bajo una perspectiva diferenciadora más categórica entre países desarrollados y en desarrollo, circunscribiendo a los primeros la obligación de reducir emisiones bajo dicho tratado. Por su parte, el Acuerdo de París matizó la aplicación del principio de RCPD, incorporando mecanismos auto diferenciadores como las Contribuciones Nacionalmente Determinadas y promoviendo que países en desarrollo pudieran voluntariamente reducir emisiones.

Una contribución importante de las Cortes en este ámbito, podría ser entregar mayor claridad a la implementación concreta del principio de equidad, clarificando su carácter y las obligaciones que de él derivan. Esto es de suma relevancia, sobre todo considerando el rol de este principio en la generación de acuerdos climáticos. Generar puentes entre países desarrollados y en desarrollo sobre el entendimiento del principio de equidad y de RCPD, sería un enorme aporte de estas opiniones.

5. Potenciales resultados de los procesos de opiniones consultivas

Antes de entrar en el análisis más pormenorizado de los potenciales resultados de las opiniones consultivas solicitadas, algunos aspectos son necesarios de precisar. Primero, no es casual que quienes estén empujando las opiniones consultivas en tres tribunales internacionales distintos sean países del Sur Global. Esto evidencia una clara estrategia para diversificar las herramientas que ofrece el derecho internacional, dirigidas a aumentar la ambición climática e instar a los países

90 Ibid, art. 3.

91 Ibid.

92 Ver, Jutta Brunnée and Charlotte Streck, 'The UNFCCC as a Negotiation Forum: Towards Common but More Differentiated Responsibilities' (2013) 13 Climate Policy 589.

93 Protocolo de Kioto, art. 2 and 10, 1997.

94 Acuerdo de París, art. 2.2., 2015.

históricamente responsables del cambio climático a cumplir con sus compromisos en la materia.

Segundo, si bien es del todo opinable la estrategia adoptada por estas naciones al acudir a tribunales internacionales para tratar compromisos climáticos, no puede estar en cuestión la legitimidad y legalidad de su camino. En este sentido, no pareciera prudente calificar que por el solo hecho de utilizar procesos de adjudicación internacional a través de Cortes, las naciones solicitantes están *per se* debilitando el régimen climático. Los países en desarrollo, con sus altos niveles de vulnerabilidad climática y la falta de recursos para afrontar los desafíos asociados a ella, están exigiendo mayores claridades a través de las opciones legítimas y legales que ofrece el derecho internacional.

Tercero, las expectativas y análisis sobre los posibles resultados que puedan tener las opiniones consultivas varían bastante. Hay quienes lo ven como una oportunidad única para que el derecho internacional aclare las responsabilidades climáticas de los países desarrollados y robustezca la acción climática.[95] Por otra parte, hay otros que miran el proceso con más escepticismo.[96] En este sentido, la expectativa que se defina también determina los niveles de éxito del proceso, a menor expectativa, mayor puede ser considerado el éxito.

Como ya fue indicado, las preguntas planteadas por los solicitantes definen el marco de la opinión que cada Corte desplegará. En el caso de la CIJ, una primera preocupación surge precisamente de la generalidad de las preguntas planteadas.[97] Como formula Ridings, "al buscar una opinión consultiva de la CIJ, la pregunta debe ser la pregunta correcta."[98] Considerando esta opinión y la amplitud de las preguntas planteadas, siempre existe el riesgo que, como ocurrió en el caso de *Armas Nucleares,*[99] en lugar de aclarar las obligaciones climáticas la CIJ termine ofreciendo opciones aún vagas o poco concluyentes. Ciertamente, esto afectaría el proceso de clarificación de responsabilidades que busca el régimen climático desde las negociaciones de las COP.

95 Daniel Bodansky, 'Advisory Opinions on Climate Change: Some Preliminary Questions' (2023) 32 Review of European, Comparative & International Environmental Law 185, p. 188.

96 Mayer (n 36).

97 British Institute of International and Comparative Law, 'Promoting Climate Justice through International Law: Climate Litigation & Climate Advisory Opinions' (1 Feb 2023), 6.

98 Ver, 'An ICJ Advisory Opinion on Climate Change: Can It Assist in Driving Ambition? | Dr Penelope Ridings' (31 October 2021) <https://peneloperidings.com/wp48/index.php/2021/11/01/an-icj-advisory-opinion-on-climate-change-can-it-assist-in-driving-ambition/>.

99 CIJ, Opinión Consultiva Armas Nucleares (n 13)

Las preguntas planteadas por los solicitantes se enfocan en obligaciones climáticas y las consecuencias legales de su incumplimiento, esto inevitablemente nos lleva al principio de RCPD. Si bien, este principio está reconocido en todos los tratados climáticos y mencionado en gran parte de las decisiones de las COP, como se señaló, su reconocimiento y su aplicación siempre ha sido objeto de polémicas.[100] La clarificación de responsabilidades, especialmente de los países históricamente responsables por el cambio climático, implica involucrarse en un tópico con un notable grado de politización.[101] Esto puede generar que la CIJ opte por evitar entrar en un debate político mayor,[102] restringiendo su opinión consultiva al reconocimiento de obligaciones o principios ya existentes, sin entregar mayores claridades al respecto.

Con todo, Bodansky argumenta que puede haber un punto intermedio,[103] donde la Corte, abordando de manera general los aspectos políticos de la cuestión planteada, ofrezca ciertas claridades. Por ejemplo, utilizando costumbre internacional, la CIJ puede opinar que el principio de prevención requiere desarrollar estrategias de reducción de emisiones a largo plazo,[104] o cumplir con las reparaciones derivadas de las pérdidas y daños, pero sin referirse a un método específico.[105]

Según Feria-Tinta, en el caso de TIM, las potenciales ventajas de una opinión consultiva sobre cambio climático exceden los riesgos.[106] Especialmente, dado los evidentes efectos que el cambio climático está teniendo sobre los océanos, el TIM se ve muy exigido a proponer caminos y orientaciones jurídicas al respecto.[107] Las preguntas de la solicitud al TIM contemplan dos esferas, una de prevención y otra protección.[108]

---

100 Lavanya Rajamani, 'The Principle of Common but Differentiated Responsibility and the Balance of Commitments under the Climate Regime' (2000) 9 Review of European Community & International Environmental Law 120. ; Pedro Cisterna Gaete, 'La esencialidad del principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas en el régimen internacional del cambio climático' [2020] Revista de Derecho Ambiental, p. 39.

101 Ver, Dan Weijers, David Eng y Ramon Das, Sharing the responsibility of dealing with climate change: Interpreting the principle of common but differentiated responsibilities, Public Policy: Why ethics matters? (*Jonathan Boston, Andrew Bradstock y David Eng eds*), ANU Press, 2010.

102 Philippe Sands, 'Climate Change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law' (2016) 28 Journal of Environmental Law 19, 20.

103 Bodansky (n 98) 188–189.

104 ibid 189.

105 ibid.

106 Monica Feria-Tinta, 'On the Request for an Advisory Opinion on Climate Change under UNCLOS before the International Tribunal for the Law of the Sea' (2023) 14 Journal of International Dispute Settlement 391, p. 403.

107 ibid 404.

108 Solicitud de opinión consultiva TIM.

Sobre la prevención, la solicitud apunta a evitar y controlar una mayor contaminación de los océanos ocasionada por el cambio climático. En este sentido, Feria-Tinta destaca que un aspecto evidente que la opinión consultiva del TIM debiese considerar, es la inclusión de las emisiones de gases de efecto invernadero en el concepto de contaminación del artículo 1 (1) (4) de la Convención del Mar.[109] Asimismo, el TIM también deberá ponderar qué implica "proteger y preservar" la biodiversidad marina en relación con el cambio climático.[110]

Considerando lo anterior, Roland Holst, advierte que la jurisprudencia sobre CDM ya ha interpretado algunos de estos aspectos.[111] Primero, la obligación de prevenir, reducir y controlar la contaminación del ambiente marino contenida en el artículo 194 ha sido interpretada ampliamente.[112] Es decir, no está limitada estrictamente a la contaminación, sino que incluye la "preservación de ecosistemas y la biodiversidad".[113] Segundo, esta obligación contemplaría todas las fuentes contaminantes, "desde y hacia la atmósfera".[114] Así, según el mismo autor, sería contradictorio que ahora el TIM excluyera el cambio climático y los gases de efecto invernadero como una fuente de contaminación.[115]

Quizás, uno de los ámbitos más complejos de la opinión solicitada al TIM es en relación a su competencia para conocerla y la admisibilidad de la misma. En esto, Tanaka plantea que los fundamentos legales para sostener la jurisdicción consultiva del TIM son todavía muy frágiles, estando varios Estados en oposición a ello.[116] Este elemento, podría terminar restándole legitimidad a cualquier opinión consultiva que el TIM pueda dar al efecto. También sobre aspectos procedimentales, Mayer advierte que existe un serio problema de consenso, impidiendo que la opinión de ITLOS pueda establecer responsabilidades para aquellas partes de CDM que no son parte Acuerdo que sirve de base para solicitar la opinión consultiva.[117]

109 Convención del Mar, art. 1.1.4

110 Feria-Tinta (n 109) 404.

111 Rozemarijn J Roland Holst, 'Taking the Current When It Serves: Prospects and Challenges for an ITLOS Advisory Opinion on Oceans and Climate Change' (2023) 32 Review of European, Comparative & International Environmental Law 217, p. 221.

112 ibid.

113 ibid.

114 ibid.

115 ibid.

116 Yoshifumi Tanaka, 'The Role of an Advisory Opinion of ITLOS in Addressing Climate Change: Some Preliminary Considerations on Jurisdiction and Admissibility' (2023) 32 Review of European, Comparative & International Environmental Law, p. 206.

117 Mayer (n 36).

Finalmente, en el caso de la CtIDH, las expectativas son mejores tanto en lo procedimental como lo sustantivo. En lo procedimental, no existe ningún problema de admisibilidad y jurisdicción.[118] Es en lo sustantivo, la Corte ya ha entregado opiniones reforzando la relación entre el cambio climático y los derechos humanos, cuestión fundamental para responder la solicitud de Chile y Colombia.[119] Este aspecto, permite que la Corte pueda elaborar distintos argumentos basados en la potencial afectación del cambio climático a los derechos humanos protegidos por la Convención Americana y otros tratados internacionales de DDHH en que países de la OEA son parte. Otro componente relevante, es la reciente resolución de la CIDH sobre la relación de la emergencia climática con los derechos humanos, cuestión que, en opinión de Bodansky, la CtIDH podría perfectamente ratificar en su opinión consultiva.[120]

Algo interesante que la CtIDH podría explorar es la interpretación de las obligaciones derivadas del Acuerdo de París, en caso de asumir este último como un tratado de derechos humanos.[121] Knox, ha entendido que el Acuerdo de París es efectivamente un tratado de derechos humanos. Argumenta que, si bien "no sería un tratado de derechos humanos" en sentido tradicional,[122] sí contribuye a su cumplimiento a través de la clarificación de acciones climáticas con enfoque de derechos humanos. Según Knox, este último aspecto marca la influencia de los derechos humanos en la implementación del Acuerdo de París, contribuyendo a la incorporación de estos en la institucionalidad del régimen climático.[123] De adoptar y justificar una postura similar a la del ex relator de ambiente y derechos humanos de la ONU, la Corte podría responder las preguntas presentadas por Chile y Colombia incorporando el tratado climático más relevante de las últimas décadas y que está firmado y ratificado por todos los países de la OEA.

Otro aspecto que será relevante de considerar por la CtIDH, es la aplicación criterios de equidad climática a nivel sustantivo y procedimental, siendo significativa en dos niveles, regional y doméstico. En lo regional, por la postura que adopte la Corte respecto a un adecuado estándar de responsabilidad climática

118 Ver, artículo 64 CADH

119 CtIDH, Opinión consultiva 23/17.

120 Bodansky (n 98) 189.

121 John H Knox, 'The Paris Agreement as a Human Rights Treaty' in Dapo Akande and others (eds), *Human Rights and 21st Century Challenges: Poverty, Conflict, and the Environment* (Oxford University Press 2020) <https://doi.org/10.1093/oso/9780198824770.003.0016>.

122 ibid.

123 ibid.

aplicable a los países de la región, en comparación con los países desarrollados. Aquí la CtIDH, tendrá que considerar que la mayoría de los Estados cubiertos por su jurisdicción son países en desarrollo y tienen una responsabilidad histórica notablemente menor que los países del Norte Global en la generación del cambio climático. Asimismo, en lo doméstico, será interesante la manera como la CtIDH puede orientar la aplicabilidad e implementación del principio de equidad en los Estados de la región, que se caracterizan mayoritariamente por tener graves desigualdades, generando brechas de capacidad adaptativa y resiliencia importantes para enfrentar el cambio climático.

Finalmente, si bien la CtIDH tuvo una relación inicial poco amigable con el cambio climático en el caso *Inuit*, esta mejoró sustancialmente luego de la Opinión Consultiva 23/17. Como indican Tigre y Urzola, la Corte en esta opinión reafirmó la "interdependencia e indivisibilidad" de los derechos humanos, vinculando el ejercicio de aquellos derechos afectados por los severos efectos del cambio climático con la protección ambiental. [124] Además, la Corte en esta opinión, parcialmente reconoció algunos grupos vulnerables al cambio climático,[125] estableciendo ciertas bases para la definición de vulnerabilidad climática que pudiera aplicar en su futura opinión consultiva.

Considerando los potenciales resultados de las opiniones consultivas solicitadas, es esencial, como señala Wewerinke, no asumir estas opiniones como *soluciones milagrosas*.[126] Es fundamental controlar las expectativas sobre lo que puedan ofrecer los respectivos tribunales en sus opiniones sobre cambio climático, esperando que sean un catalizador ideal para los avances de las negociaciones climáticas alcanzados hasta ahora.

Desde ya, la sola presentación de estas solicitudes de opiniones consultivas representa un avance y progreso para la acción climática internacional. Primero, los elementos considerados en las solicitudes, basados en una consistente evidencia científica, constituyen un nuevo piso de entendimiento para futuros acuerdos internacionales y políticas domésticas sobre cambio climático. Segundo, los diversos tribunales internacionales que en paralelo están analizando y brindarán

124 Maria Antonia Tigre and Natalia Urzola, 'The 2017 Inter-American Court's Advisory Opinion: Changing the Paradigm for International Environmental Law in the Anthropocene' (2021) 12 Journal of Human Rights and the Environment 24, p. 43; Opinión Consultiva 23-17, párr. 47,54,55,57,192, citados por Tigre and Urzola.

125 Ibid.; Opinión Consultiva 23/17, párrafo 47.8

126 Margaretha Wewerinke-Singh, Julian Aguon and Julie Hunter, 'Bringing Climate Change before the International Court of Justice: Prospects for Contentious Cases and Advisory Opinions', *Climate Change Litigation: Global Perspectives* (Brill Nijhoff 2021) 413 <https://brill.com/display/book/edcoll/9789004447615/BP000019.xml>.

una opinión sobre cambio climático, es un logro en sí mismo. En especial, el haber contado con el consenso[127] de la Asamblea General para la solicitud de opinión consultiva en la CIJ, representa un acuerdo histórico que ojalá sea valorado y ponderado por la opinión de este tribunal. Tercero, estas opiniones pueden ser fundamentales para contribuir a la implementación de recientes tratados, en efecto el Acuerdo de París, pero también el BBNJ[128] y el Acuerdo de Escazú.[129] Finalmente, las opiniones que surjan desde órganos judiciales internacionales, definitivamente repercutirán en el desarrollo de la litigación climática, entregando argumentos y análisis que ayudarán a las partes y también, a las Cortes domésticas para decidir adecuadamente casos climáticos complejos.

6. Conclusión

El presente artículo buscó entregar elementos de análisis de cara a los tres procedimientos de opiniones consultivas en paralelo que se llevan en CIJ, TIM y la CtIADH. En ese ámbito, se entregaron elementos generales, explicando el carácter que las opiniones consultivas tienen en el derecho internacional y el contexto en qué surgen estas solicitudes sobre cambio climático.

El artículo pudo identificar elementos comunes a las solicitudes presentadas, analizando el rol que la ciencia, los derechos humanos y la necesidad de clarificar obligaciones climáticas, pueden tener en aumentar la ambición en esta materia. En este sentido, será interesante examinar cómo las distintas Cortes consideran estos elementos en sus opiniones, y sí fue o no de utilidad incorporarlos en las solicitudes.

Si bien, y como fue explicado, no existe unanimidad en la literatura sobre la utilidad y proyecciones de los resultados de estos procesos, el artículo intentó ofrecer una mirada constructiva. Esto es, entender que estos procesos no son soluciones milagrosas, sino una herramienta y alternativa más y muy relevante, que complementa distintas acciones que contribuyen a enfrentar equitativamente el cambio climático.

127 De acuerdo a las Naciones Unidas, el consenso implica la aprobación de una resolución sin necesidad de votar dado que existe acuerdo general sobre la resolución y no hay ningún elemento de relevante desacuerdo.

128 ONU, "Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas beyond National Jurisdiction", Junio 2023.

129 CEPAL, Acuerdo de Escazú, 2021.

EL DERECHO HUMANO AL CUIDADO. FUNDAMENTOS Y AUTONOMÍA EN CLAVE LATINOAMERICANA

Mariana Brocca[130] *y Laura Pautassi*[131]

Resumen

El presente trabajo tiene por propósito analizar el derecho humano al cuidado en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Para ello, se presentarán sus antecedentes en el ámbito regional, los cuales conjugan su reconocimiento en instrumentos de derechos humanos con su demanda social y feminista. A su vez, se expondrán los estándares relativos a la utilización del enfoque directo del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para la exigibilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en función de la solicitud de opinión consultiva realizada por la Argentina a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con ello, se sostendrá – a partir de un análisis de la normativa y estándares vigentes – que el derecho humano al cuidado es justiciable de manera autónoma dentro del artículo 26 del Pacto de San José.

1. Introducción

En los últimos años, Latinoamérica ha sido escenario de un gran desarrollo en el estudio de los cuidados, particularmente gracias a la comunidad epistémica feminista que ha precisado los alcances e implicancias de aquél desde distintas corrientes de análisis. Dentro de éstas, una de las que más impulso ha cobrado en

130 Becaria doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Doctoranda en la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (beca Fulbright–MINED). Profesora de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires (UNICEN). Correo electrónico: mariana.brocca@der.unicen.edu.ar

131 Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET). Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. Gioja, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Doctora De la UBA, Área Derecho Social. Directora del Grupo Interdisciplinario Derechos Sociales y Políticas Públicas. Correo electrónico: laurapautassi@derecho.uba.ar

la región es la del reconocimiento del cuidado como un derecho humano[132]. Así, América Latina es pionera en el avance hacia la garantía del derecho humano al cuidado, el cual incluye el derecho a brindar cuidados, el derecho a ser cuidada/o, y el derecho al autocuidado.

Gracias a la aplicación de la metodología del enfoque de derechos humanos (EBDH), se identificó que el derecho humano al cuidado se encuentra contemplado en todos los tratados de derechos humanos. En efecto, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDDHH) en adelante, los instrumentos internacionales han reconocido distintas protecciones y obligaciones vinculadas al cuidado, aunque no fue denominado de manera explícita como tal, sino hasta los aprobados en el siglo XXI.

Es decir, la comunidad internacional fue reconociendo que la protección a la maternidad, a niños, niñas y adolescentes (NNA), a personas con discapacidad, personas mayores y aquellas garantías vinculadas con el concepto de vida digna constituyen derechos humanos protegidos. Este paulatino reconocimiento en el *corpus iuris*, tanto a nivel del sistema de protección universal como interamericano, se conjugó con la demanda social y política. Ello responde a que el cuidado atraviesa todos los órdenes de la vida, ya que cuando un niño o niña nacen no pueden sobrevivir sin que se los cuide y, si bien a medida que van creciendo se van independizando y adquiriendo habilidades para el autocuidado, los cuidados siguen siendo indispensables a lo largo de la vida; son, por lo tanto, una responsabilidad social.

Junto con la demanda por ser cuidadas, las personas también cuidan, sean a sus hijas e hijos, a sus progenitores, a familiares que lo requieran, por su condición o por una afectación en la salud. La diferencia central radica en que si bien todas las personas debemos cuidar, recibir cuidados y también cuidarnos, sólo a las mujeres se ha responsabilizado como cuidadores principales. Las actividades cotidianas que abarcan los cuidados se realizan al interior de los hogares, principalmente por las mujeres de la familia, sin recibir remuneración por ello y muchas veces sin reconocimiento por parte de los integrantes del núcleo familiar, ni a nivel social. A su vez, se pueden transferir parte de estas tareas a través de relaciones laborales formales o informales, en general, a otra mujer, para que de forma remunerada contribuya al cuidado de todos o algunos miembros del hogar. También es posible delegar de forma gratuita a personas cercanas o afines que son parte de las redes

132 La primera definición del cuidado como derecho humano, se encuentra en Pautassi, Laura, El cuidado desde un enfoque de derechos humanos, en Serie Mujer y Desarrollo, N° 57, (CEPAL), 2007, que identifica el derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado.

sociales y de apoyo y que pueden ser o no miembros de la familia extendida a quienes también se les delegan cuidados. Nuevamente, esta delegación es a otras mujeres (que muchas veces incluye niñas y adolescentes).

Por otra parte, en el ámbito público suele proveerse el cuidado de manera formal por medio de instituciones, ya sean estatales, de mercado o de la sociedad civil. Todas estas formas se combinan de acuerdo a la disponibilidad de tiempo y de ingresos de los hogares que organizan diversas estrategias de cuidados. No obstante, resulta ineludible que (se trate de la satisfacción directa o de gestionar los componentes para garantizarlo) siempre recae sobre las mujeres[1]. A tal punto que, de todas estas formas de resolución de los cuidados, la que mayor resistencia genera es la identificación del autocuidado. A pesar de ser inescindible de la condición humana, los varones adultos suelen no practicarlo de manera cotidiana, siendo sus parejas mujeres quienes les cuidan directa o indirectamente. Esto implica que muchos hombres no sólo no cuidan a sus hijas e hijos o a sus progenitores, sino tampoco a sí mismos, esperando que sus parejas mujeres lo resuelvan y, en contadas ocasiones, solo "prestan ayuda"[2].

En suma, la complejidad del cuidado y su asignación en las mujeres atraviesa la historia de la humanidad, sólo que el orden patriarcal lo mantuvo invisibilizado, y va saliendo a la luz de la mano de los movimientos de mujeres, de los aportes de estudios de género y de la teoría feminista que permitieron su consideración, primero como trabajo y luego como derecho. Y allí la región de América Latina marcó un hito en dicho recorrido. Fueron los mecanismos para el adelanto de las mujeres, sean ministerios de las mujeres, secretarías o áreas de género (de acuerdo al grado de institucionalidad alcanzado) los que han recepcionado la demanda social de los movimientos feministas respecto a la injusta división sexual del trabajo y de los cuidados que caracteriza a América Latina.

Debido a ello, en el marco de la Décima Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe[3], la agenda propuesta por las responsables de las áreas de género fue participación política y economía del cuidado, plasmada por los Estados en el Consenso de Quito (2007) a partir de su reconocimiento

1 Rico, María N., y Pautassi, Laura, *Los cuidados en la agenda. Igualdad, derechos y políticas públicas*, (PRIGEPP–FLACSO), 2013.

2 Izquierdo, María Jesús, "Consideraciones recientes del debate sobre cuidados", en Ferreyra, Marta, Guerra, Teresa y Cházaro, Andrea (Coords.), *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas,* (ONU–Mujeres), 2018, pp. 46-55.

3 Se trata de un órgano subsidiario regional que se reúne cada 3 años y cuya secretaría ejecutiva se encuentra en la División de Asuntos de Género de la Comisión Económica de América Latina y el Caribe. Allí se fijan las agendas y consensos de género a nivel regional, https://www.cepal.org/es/organos-subsidiarios/conferencia-regional-la-mujer-america-latina-caribe

explícito como el "derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado"[4] y, con ello, obligaciones estatales para garantizar su provisión y la erradicación de la división sexual del trabajo.

Desde ese momento, en las sucesivas conferencias, los gobiernos, junto con las organizaciones feministas han reforzado el reconocimiento del cuidado como derecho humano. Así se han establecido sus obligaciones y se han pronunciado respecto al diseño de políticas públicas, en particular con la creación de los sistemas nacionales de cuidado (otra de las particularidades de la región). Es así como en las siguientes conferencias regionales – Brasilia (2010); Santo Domingo (2013); Montevideo (2016); Santiago (2019); y Buenos Aires (2022) – los acuerdos finales incluyen una robusta agenda de cuidados. En el año 2015 se aprobó también la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores – entrada en vigor en enero del año 2017 – que es el primer tratado de derechos humanos en reconocer en su denominación el derecho al cuidado integral de las personas mayores (art. 12). Es decir, a la fecha se ha avanzado no solo en hacer visible el alcance del cuidado, sino que se ha avanzado tanto a nivel normativo como en el diseño de políticas públicas en aproximadamente 15 países de la región, que incluyen desde sistemas nacionales de cuidados a políticas públicas a nivel local o estadual.

En este contexto, el 20 de enero de 2023 la República Argentina solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Corte Interamericana, en adelante) sobre el "Contenido y alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos". Allí se requiere al tribunal determinar las obligaciones estatales del derecho al cuidado tanto de manera autónoma – a través del art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) –, como en relación con el principio de igualdad y no discriminación, el derecho a la vida y otros derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como el derecho al trabajo y la seguridad social, el derecho a la salud y el derecho a la educación.

A la luz de lo expuesto, el presente trabajo tiene por propósito presentar los antecedentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) respecto al derecho humano al cuidado, que conjuga el reconocimiento en los instrumentos internacionales con su demanda social y feminista. Estará, entonces, dividido en tres apartados. El primero recorrerá de manera sucinta los antecedentes del derecho humano al cuidado en el marco regional hasta la solicitud de opinión

4 Pautassi, Laura, Op. Cit., p. 18.

consultiva mencionada. El segundo estará dividido en dos bloques. Por un lado, se identificarán los argumentos principales elaborados por la Corte IDH en relación a la justiciabilidad de los DESCA a partir del enfoque directo del art. 26. Por otro lado, se esgrimirán los lineamientos de la jurisprudencia del máximo Tribunal que vinculan el derecho humano al cuidado como derecho humano autónomo contenido en el art. 26. Finalmente, el último apartado esbozará las conclusiones.

2. Antecedentes del cuidado en el SIDH

En el marco del SIDH, los elementos centrales del cuidado fueron reconocidos desde la creación de los primeros instrumentos. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), aprobada en 1948, incorpora dentro de su articulado el derecho a poder fundar una familia, especificando en su art. 7 que "toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, *cuidados* y ayudas especiales". En el apartado referido a los deberes, la DADDH indica que "toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten" (art. 25). A su vez, en el art. 35 dispone que "toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo con sus posibilidades y con las circunstancias".

Posteriormente, la CADH recoge estos principios y, además, establece de manera específica en el art. 17 el derecho a la protección a la familia, cuya garantía conlleva la obligación estatal de adoptar las acciones necesarias para "asegurar la igualdad de derechos y equivalencia de responsabilidades de los cónyuges". Ello incluye los derechos de las infancias y adolescencias (nacidas tanto dentro como fuera del matrimonio), a la luz del derecho a una igual protección ante la ley, sin discriminación.

En 1988, diez años después de la entrada en vigor de la CADH, fue aprobado el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador. Allí, el tratado establece la obligación estatal de ejecutar y fortalecer "programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo" (art. 6, inc. 2). Además, dispone que los Estados deben adoptar medidas destinadas a proteger la familia (art. 15), la niñez (art. 16), las personas mayores (art. 17) y con discapacidades (art. 18).

Por su parte, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (más conocida como Convención Belém do Pará) es un ejemplo clave de protección de los derechos humanos de manera interdependiente. Así, establece, en su art. 5, que las mujeres tienen el derecho a ejercer libremente "sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos", siendo la violencia un factor que impide su pleno ejercicio.

Con ello, el tratado identifica como una de las obligaciones estatales la de tomar acciones progresivas con la finalidad de "contrarrestar prejuicios y costumbres y todo otro tipo de prácticas que se basen en la premisa de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los géneros o en los papeles estereotipados para el hombre y la mujer que legitimizan o exacerban la violencia contra la mujer" (art. 8, inciso b). Este punto, relacionado intrínsecamente con la obligación establecida en el art. 5 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de Naciones Unidas, incluye a la división sexual del trabajo que reproduce la noción de mujer cuidadora[5] y establece consiguientes obligaciones a los Estados con claro impacto en promover una distribución de las responsabilidades de cuidados entre varones y mujeres al interior de las familias.

Si bien estas referencias al cuidado están claras en los instrumentos internacionales, es a partir de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CPD, 2006) y la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (CIADDIS, 1999) que se comienza a denominar como cuidado. Al mismo tiempo establecen que el reconocimiento de igualdad de todas las personas con discapacidad exige asegurar que:

> …b) Las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar

5 El artículo 5 de la CEDAW establece lo siguiente: "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres; b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos".

> su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o separación de ésta. (art. 19 inc. b, CPD).

En el art. 23 este mismo instrumento define las obligaciones que le competen a los Estados para garantizar el ejercicio de derechos sin discriminación en relación con el matrimonio, con las relaciones personales, a tener hijes, a la adopción, guarda y tutela conforme a las legislaciones nacionales y señala en el apartado 5, de manera explícita, que "…los Estados Partes harán todo lo posible, cuando la familia inmediata ***no pueda cuidar de un niño con discapacidad***, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar" (art. 23, CPD)". [El resaltado nos pertenece].

En el caso de la CIADDIS, se establece con claridad la obligación de los Estados a adoptar medidas para promover la integración de las personas con discapacidad en el acceso y cobertura de bienes, servicios, instalaciones, programas y actividades. A ello se le suma la obligación de garantizar esfuerzos para la detección, tratamiento, rehabilitación y suministro de servicios que posibiliten asegurar un "*nivel óptimo de independencia y de calidad de vida de las personas con discapacidad*" (art. III).

Por último, como fue señalado en la introducción de este trabajo, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, del año 2015, incorpora al cuidado como derecho humano de manera explícita. Así, en su art. 6 establece que:

> …los Estados Parte adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población. Los Estados Parte tomarán medidas para que las instituciones públicas y privadas ofrezcan a la persona mayor un acceso no discriminatorio ***a cuidados integrales***, incluidos ***los cuidados paliativos***, eviten el aislamiento y manejen apropiadamente los problemas relacionados con el miedo a la muerte de los enfermos terminales, el dolor, y eviten el sufrimiento innecesario y las intervenciones fútiles e inútiles, de conformidad con el derecho de la persona mayor a expresar el consentimiento informado.

El art. 7 reconoce la autonomía y el autocuidado de las personas mayores[6], lo cual marca un cambio de paradigma al establecer estándares y criterios claros para las decisiones autónomas e informadas de las personas mayores, tanto para ser cuidadas, como para cuidar o ejercer el autocuidado. Una especial centralidad adquiere el art. 12 de la Convención, que desarrolla de manera detallada los tipos de cuidados que el Estado debe garantizar, al establecer que:

> La ***persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados*** que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía. Los Estados Parte deberán diseñar medidas de apoyo a las familias y cuidadores ***mediante la introducción de servicios para quienes realizan la actividad de cuidado de la persona mayor***, teniendo en cuenta ***las necesidades de todas las familias y otras formas de cuidados,*** así como ***la plena participación de la persona mayor***, respetándose su opinión. ***Los Estados Parte deberán adoptar medidas tendientes a desarrollar un sistema integral de cuidados*** que tenga especialmente en cuenta la ***perspectiva de género*** y el ***respeto a la dignidad e integridad física y mental de la persona mayor***.
>
> Para garantizar a la persona mayor el goce efectivo de sus derechos humanos en los ***servicios de cuidado a largo plazo***, los Estados Parte se comprometen a: a) Establecer mecanismos para asegurar que el inicio y término de servicios de cuidado de largo plazo estén sujetos a la ***manifestación de la voluntad libre y ex***presa de la persona mayor. b) Promover que dichos servicios cuenten con ***personal especializado*** que pueda ofrecer una atención adecuada e integral y prevenir acciones o prácticas que puedan producir daño o agravar la condición existente. c) Establecer un marco regulatorio adecuado para el funcionamiento de los servicios de cuidado a largo plazo que permita evaluar y supervisar la situación de la persona mayor, inclu-

6 "Los Estados Parte adoptarán programas, políticas o acciones para facilitar y promover el pleno goce de estos derechos por la persona mayor, propiciando su autorealización, el fortalecimiento de todas las familias, de sus lazos familiares y sociales, y de sus relaciones afectivas. En especial, asegurarán: a) El respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos. b) Que la persona mayor tenga la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vea obligada a vivir con arreglo a un sistema de vida específico. c) Que la persona mayor tenga acceso progresivamente a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad, y para evitar su aislamiento o separación de ésta".

yendo la adopción de medidas para: i. Garantizar el acceso de la persona mayor a la información, en particular a sus expedientes personales, ya sean físicos o digitales, y promover el ***acceso a los distintos medios de comunicación e información,*** incluidas las redes sociales, así como ***informar a la persona mayor sobre sus derechos*** y sobre el marco jurídico y protocolos que rigen los servicios de cuidado a largo plazo. ii. Prevenir injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar o unidad doméstica, o cualquier otro ámbito en el que se desenvuelvan, así como en su correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación. iii. Promover la interacción familiar y social de la persona mayor, teniendo en cuenta a todas las familias y sus relaciones afectivas. iv. Proteger la seguridad personal y el ejercicio de la libertad y movilidad de la persona mayor. v. Proteger la integridad de la persona mayor y su privacidad e intimidad en las actividades que desarrolle, particularmente en los actos de higiene personal. d) Establecer la legislación necesaria, conforme a los mecanismos nacionales, para que los responsables y el personal de servicios de cuidado a largo plazo respondan administrativa, civil y/o penalmente por los actos que practiquen en detrimento de la persona mayor, según corresponda. e) ***Adoptar medidas adecuadas***, cuando corresponda, ***para que la persona mayor que se encuentre recibiendo servicios de cuidado a largo plazo*** cuente con ***servicios de cuidados paliativos*** que abarquen al paciente, su entorno y su familia. [El resaltado nos pertenece].

El art. 3 incorpora al cuidado, además, como un principio general que atraviesa el convenio en su inciso f. Así, "[s]i bien las particularidades de las personas mayores demandan una consideración específica de medidas de cuidados, la mirada transversal se sitúa en el reconocimiento de las personas a ser cuidadas, a cuidar y al autocuidado, incluyendo nuevamente una perspectiva transformadora"[7].

En esta misma línea, tanto el Grupo de Trabajo del Protocolo de San Salvador (GTPSS) como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) han incluido al derecho humano al cuidado en su labor. En el caso del GTPSS se introdujo el cuidado como indicador dentro de la categoría de igualdad y no discriminación para verificar el progreso de manera interdependiente con el derecho al trabajo y a la seguridad social[8].

7 Pautassi, Laura, *De la polisemia a la norma. El cuidado como derecho humano*, (Fundación Medifé), en prensa.

8 Ver: https://www.oas.org/en/sedi/pub/indicadores_progreso.pdf

Por su parte, dentro de la CIDH, la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el derecho humano al cuidado dentro de su agenda de acción. Así, por ejemplo, en su Informe Anual del año 2020, ante la crisis humanitaria y sanitaria generada a partir de la pandemia por COVID–19, mantuvo que:

> …***el cuidado se afirma como un derecho humano de importancia vital para las personas***, en especial de las que están enfermas, las personas con capacidad, adultas mayores y NNA. Sin embargo, son muy pocos los Estados de la región que cuentan con sistemas nacionales de cuidados o que los han puesto en marcha durante la pandemia. En tal sentido, ***la REDESCA seguirá llamando al reconocimiento y protección del cuidado como un derecho humano***, a la valoración del trabajo de cuidado y los derechos laborales de las personas trabajadoras domésticas, como a la creación de sistemas nacionales de cuidados con enfoque de derechos, género e interseccionalidad. La perspectiva de género y la realización de los derechos humanos de las mujeres representan hoy un desafío tan grande en su realización, como una oportunidad de volver a nuestras sociedades más justas, más iguales y más cuidadoras[9]. [El resaltado nos pertenece].

En su siguiente informe, del año 2021, recordó que, en el marco de la audiencia del caso *Vera Rojas y otros v. Chile*[10], la Relatora presentó su postura respecto a la importancia de que la Corte Interamericana considerara al derecho humano al cuidado.[11] Si bien luego el tribunal no abordó en profundidad al cuidado, sí consideró que:

> Al respecto, el Tribunal advierte que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad dispone que los Estados deben proporcionar a las personas con discapacidad servicios de salud lo más cerca posible de sus comunidades, incluso en zonas rurales, así como el acceso a servicios

9 CIDH, IV Informe Anual de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2020, párr. 1158. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2020/capitulos/redesca.PDF

10 Corte IDH, caso Vera Rojas y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 1–10–2021, Serie C No. 439, párr. 111.

11 CIDH, V Informe Anual de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2021, párr. 24. Disponible en: https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2021/capitulos/redesca-es.PDF

> de asistencia domiciliaria y residencial. En un sentido similar, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que "la mejor forma de cuidar y atender al niño con discapacidad es dentro de su propio entorno familiar cuando la familia tenga medios suficientes". En definitiva, la Corte considera que los cuidados especiales y la asistencia necesaria para un niño o una niña con discapacidad debe incluir, como elemento fundamental, el *apoyo a las familias a cargo de su cuidado* durante el tratamiento, *en especial a las madres, en quienes tradicionalmente recaen las labores de cuidado*[12]. [El resaltado nos pertenece].

Con esta sentencia la Corte Interamericana identificó que la obligación de asistir a las familias que deben cuidar (como, en este caso, a una niña con discapacidad), considerando la división sexual del trabajo y la falta de distribución del trabajo de cuidado dentro de los hogares que, en consecuencia, sobrecarga a las mujeres. Esta postura resulta coherente con la línea jurisprudencial que venía desarrollando el tribunal en la Opinión Consultiva OC–24/17 y casos como *Atala Riffo e hijas v. Chile*[13], *Fornerón e hija v. Argentina*[14], *y Ramírez Escobar y otros v. Guatemala*[15].

Por un lado, en la OC–24 referida a *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*[16], el tribunal dispuso que los Estados tienen la obligación de tomar medidas de toda índole para garantizar el acceso (sin discriminación por motivos de identidad de género u orientación sexual) al derecho a la seguridad social, lo cual debe incluir licencias por maternidad y paternidad, beneficios laborales, y beneficios de cuidados, entre otros[17]. Luego, introdujo una "expansión de derechos, beneficios y responsabilidades de las cuales las parejas del mismo sexo podrían ser titulares" la cual incluye, por ejemplo, la responsabilidad

12 Corte IDH, caso Vera Rojas y otros vs. Chile, Op. Cit., párr. 111.

13 Corte IDH, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, 24–02–2012, Serie C No. 239.

14 Corte IDH, caso Fornerón e hija vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

15 Corte IDH, caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018. Serie C No. 351.

16 Corte IDH, Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC–24/17, 24–11–2017, Serie A No. 24.

17 Corte IDH, Opinión Consultiva OC–24/17, Op. Cit., párr. 196.

parental de les hijes[18].

Por otro lado, en las sentencias mencionadas la Corte identificó la vulneración a derechos como a la protección de la familia por la aplicación de estereotipos de género que reproducen la idea de la mujer como cuidadora por naturaleza. Este preconcepto, en los tres casos mencionados, interfirió en la relación de las víctimas con sus hijas e hijos (y también nietos y nietas) por no cumplir con las características que se esperan socialmente de quien debe ocuparse del trabajo de cuidado, con base en un orden de género que discrimina.

También, en la Opinión Consultiva OC–27/21 el tribunal indicó que "…los estereotipos de género en el ámbito de las labores domésticas y de cuidado constituyen una barrera para el ejercicio de los derechos de las mujeres, y de forma particular de los derechos laborales y sindicales, pues impiden que las mujeres se encuentren en condiciones de igualdad para participar en el entorno laboral […]"[19]. En el mismo sentido, en la Opinión Consultiva OC–29/22 destacó la importancia del trabajo de cuidado realizado por las mujeres privadas de libertad y la obligación estatal de adoptar medidas para garantizar los derechos de aquellas que se encuentran embarazadas, en período de parto, posparto, lactancia y a las cuidadoras principales en contexto de encierro[20].

Debe resaltarse en este contexto el trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Mujeres (CIM). Este organismo (perteneciente al ámbito de la OEA, aunque externo al sistema de protección de derechos humanos) ha desarrollado una línea específica en relación al cuidado, alcanzando la Declaración de Lima sobre la Igualdad y la Autonomía en el Ejercicio de los Derechos Económicos de las Mujeres[21] y, recientemente, la creación de la Ley Modelo Interamericana de Cuidados.

Por un lado, en la Declaración de Lima se llegó a un acuerdo sobre la necesidad

18 Corte IDH, Opinión Consultiva OC–24/17, Op. Cit., párr. 197.

19 Corte IDH, Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre), Opinión Consultiva OC–27/21, 05–05–2021, Serie A No. 27, párr. 176.

20 Corte IDH, Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos), Opinión Consultiva OC–29/22, 30–05–2022, Serie A No. 29.

21 CIM, *Declaración de Lima sobre la Igualdad y la Autonomía en el Ejercicio de los Derechos Económicos de las Mujeres*. Aprobada en el marco de la XXXVII Asamblea de Delegadas de la CIM, celebrada los días 24 y 25 de mayo de 2016. Disponible en: https://www.oas.org/es/cim/docs/DeclaracionLIMA-ES.pdf

de promover la corresponsabilidad social del cuidado, tanto entre los actores (v.gr., el Estado y las familias) como entre varones y mujeres.[22] Se estableció el deber de adoptar medidas para garantizar servicios de cuidado a las infancias, personas con discapacidad, personas mayores y personas con enfermedades y para evitar la reproducción de la división sexual del trabajo.

Por otro lado, la Ley Modelo se funda sobre el reconocimiento del cuidado como un derecho y los avances generados en la región. Con ello, en el modelo del art. 5 de este documento define al derecho al cuidado conforme lo acordado en el Consenso de Quito: "Toda persona, en atención a su situación de dependencia, tiene derecho a *recibir cuidados* de calidad para garantizar su desarrollo integral a lo largo de su ciclo vital y a *brindar cuidados* en condiciones de igualdad, dignidad, corresponsabilidad y *autocuidado*"[23]. [El resaltado nos pertenece].

En síntesis, el cuidado como derecho humano se encuentra en la mayoría de las legislaciones modernas, que abarcan tanto el ámbito de las relaciones contempladas por el derecho civil y de derecho privado como el de derechos humanos[24]. En efecto, no sólo se han establecido parámetros y obligaciones claras respecto del cuidado de las y los hijos, del necesario cuidado y asistencia de progenitores, sino que también se han fortalecido desde un enfoque de derechos humanos las obligaciones de toda la sociedad.

Esta perspectiva implica no sólo que el Estado no debe interferir en el derecho de un padre o madre a alimentar a su hijo o hija y, también, que debe crear las condiciones necesarias para que este derecho se materialice[25]. Para aquellas personas que trabajan en el ámbito del trabajo remunerado, el Estado debe garantizar la disponibilidad de licencias y espacios apropiados para la alimentación de les hijes (lactarios) tanto en el sector público como en el privado. A su vez, se requiere que se otorguen licencias parentales para permitir que les progenitores compartan

22 CIM, *Declaración de Lima sobre la Igualdad y la Autonomía en el Ejercicio de los Derechos Económicos de las Mujeres,* Op. Cit.

23 CIM, *Ley Modelo Interamericana de Cuidados*, 2022. Disponible en: https://www.oas.org/es/cim/docs/LeyModeloCuidados-ES.pdf

24 Ver, por ejemplo: Schiro, María Victoria, "La responsabilidad parental en perspectiva de género. Algunas reflexiones sobre el derecho y el deber de cuidado en el Derecho de familias argentino", en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 81, (Abeledo–Perrot), 2017; Schiro, María Victoria, "Visibilización jurídica del cuidado en perspectiva de género. Algunas respuestas del Derecho de Familias y de la Responsabilidad por Daños Intrafamiliar", en Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, N° 91, (Abeledo–Perrot), 2019; Brocca, Mariana, "El derecho humano al cuidado en el Sistema Interamericano: aportes para su justiciabilidad directa a la luz del artículo 26 de la CADH", en Susana Almeida y Andrés Rousset Siri (Edits.), *Os sistemas europeu e interamericano de proteção de direitos humanos: uma leitura comparada / Los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos: una lectura comparada*, (Aranzandi–Thompson), en prensa.

25 Retomamos aquí los desarrollos de Pautassi, Laura, *El derecho al cuidado. De la conquista a su reconocimiento efectivo*, (Fundación Friedrich Ebert), 2023.

la responsabilidad en el cuidado y la crianza de manera integrada. A su vez, no puede dejarse librado a la buena predisposición de los actores involucrados en el cuidado, sino que el Estado debe imponer obligaciones concretas a terceros, como la obligación de los empleadores privados de proporcionar infraestructura adecuada o de entregar transferencias y asignaciones monetarias.

En resumen, el derecho al cuidado se entiende como un derecho universal inherente a cada individuo, independientemente de su condición o posición, y se extiende tanto a nivel individual como colectivo, abarcando diversos ámbitos, ya sean gubernamentales, privados o comunitarios. Además, se reconoce la obligación de garantizar este derecho incluso para personas migrantes o refugiadas, en virtud de su condición de portadores de derechos humanos.

Como se ha evidenciado a lo largo de la evolución del sistema de protección a nivel universal y regional, la inclusión del cuidado se hizo con base en su interdependencia y reconociendo el cuidado como un derecho y una obligación. En esa dirección, refleja la naturaleza transversal del cuidado a lo largo del ciclo de vida y la convergencia de responsabilidades tanto públicas como privadas.

Ahora bien, al involucrar el cuidado subjetividades, resulta pertinente considerar que "*…se dice que las mujeres valoran los cuidados. Tal vez sea así porque los hombres han valorado a las mujeres según los cuidados que ofrecen. Se dice que las mujeres piensan en términos relacionales. Tal vez las mujeres piensan en términos relacionales porque su existencia social está definida en relación con los hombres* […]"[26]. En efecto, no puede dejar librado a arreglos familiares las responsabilidades de cuidado, porque no se avanzará en su obligada distribución y se seguirá concentrando en las mujeres, de manera relacional y no interdependiente con otros DESCA.

Tal como el *corpus iuris* de derechos humanos ha señalado, garantizar el cumplimiento y la provisión de este derecho se convierte en una responsabilidad ineludible del Estado. Ésta más allá de la mera supervisión del ámbito del trabajo remunerado o disponer de transferencias regulares de ingresos para sectores en condiciones de vulnerabilidad, sino que se requiere la transversalización de las garantías de protección del derecho a cuidar, ser cuidado y cuidarse para cada persona pero bajo responsabilidad de todas las áreas y poderes del Estado.

26 MacKinnon, Catharine, *Hacia una teoría feminista del Estado*, (Cátedra), 1995, p. 106.

3. El derecho a cuidar, a ser cuidado y al autocuidado y su justiciabilidad

3.1 Enfoques y antecedentes

Siguiendo a Oswaldo Ruiz-Chiriboga, existen cuatro enfoques principales para justiciabilizar los DESCA: (a) el enfoque indirecto, el cual usa normas procedimentales (como el art. 8 de la CADH) o normas de igualdad (como el art. 24) para alegar violaciones a los DESCA; (b) el enfoque de integración, donde se consideran los elementos propios de los DESCA también presentes en los derechos civiles y políticos (como con el concepto de vida digna, introducido en el caso *Villagrán Morales y otros v. Guatemala*[27]); (c) el enfoque de reparación, gracias al cual se exigen DESCA a partir de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH; y (d) el enfoque directo que implica el empleo de normas cuyo contenido es específicamente de DESCA de manera autónoma[28]. En este trabajo nos centraremos en este último enfoque.

Como es sabido, la Corte Interamericana – por fuera de la CADH – sólo tiene competencia material sobre normas específicas de DESCA en relación a los art. 8.a) y 13 del Protocolo de San Salvador (derechos sindicales y derecho a la educación, respectivamente). Así lo dispone el art. 19.6) que dispone que sólo en relación a esos derechos, cuando existiese una violación imputable al Estado, queda habilitada la posibilidad de acceder al sistema de peticiones ante la CIDH y, en caso de que procediese, frente al tribunal. Debido a esta competencia, la Corte IDH responsabilizó, por ejemplo, al Estado ecuatoriano por la vulneración al derecho a la educación de una niña que vivía con VIH en el caso *Gonzales Lluy v. Ecuador*[29].

Sin embargo, la propia CADH contiene una norma que hace referencia explícita a las obligaciones en materia de DESCA: el art. 26. Dispone lo siguiente:

> Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas

27 Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, 19–11–1999, Serie C No. 63.

28 Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, "The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non–Enforceability of Economic, Social, and Cultural Rights in the Inter–American System" en *Netherlands Quaterly of Human Rights*, Vol 31/2, (Intersentia) 2013, p. 162, nota al pie no. 9.

29 Corte IDH, caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 01–09–2015, Serie C No. 298.

económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Como lo indica Christian Courtis, esta norma presenta dos interrogantes centrales[30]. El primero se refiere a la determinación del alcance de este artículo, al no estar identificados los los derechos que se encuentran comprendidos. Esto diferencia al art. 26 notablemente del Capítulo II del tratado que recoge específicamente los derechos civiles y políticos (arts. 3 al 25). En cambio, el art. 26 redirige a "los derechos que *se derivan* de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos".

El segundo interrogante hace alusión a cuáles son las obligaciones específicas (como las de "desarrollo progresivo" y lo que respecta a "en la medida de los recursos disponibles") que surgen de esta norma. Así, se requiere identificar el contenido de estas expresiones y, a su vez, establecer su relación con las obligaciones genéricas de los arts. 1 y 2 de la CADH (respetar, garantizar y adoptar medidas) [31].

Si bien ya a comienzos del milenio la CIDH había esgrimido argumentos para que se declarara su violación autónoma en el caso *Cinco Pensionistas v. Perú*[32], fue recién con *Acevedo Buendía v. Perú*[33] que la Corte IDH determinó su competencia para la aplicación directa del art. 26 de la CADH. Allí, el tribunal recordó que la norma había sido objeto de una ardua labor durante los trabajos preparatorios, donde los Estados habían dejado sentado que querían una "mención directa" a los DESCA, estableciendo los mecanismos para su promoción y protección[34].

La Corte Interamericana también observó que a pesar de que el art. 26 se encuentra en un capítulo diferente a los derechos civiles y políticos (arts. 3 a 25), lo cierto es que ambos pertenecen a la Parte I de la CADH, denominada "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos"[35]. Por eso, concluyó que el art. 26 se encuentra

30 Courtis, Christian, "Artículo 26", en Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (Edits.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Segunda edición, (KAS), 2019, pp. 801–834, 805.

31 Courtis, Christian, Op. Cit. p. 805.

32 Corte IDH, caso "Cinco Pensionistas" vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, 28–02–2003, Serie C No. 98.

33 Corte IDH, caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 01–07–2009, Serie C No. 198.

34 Corte IDH, caso Acevedo Buendía y otros, Op. Cit., párr. 99.

35 Corte IDH, caso Acevedo Buendía y otros, Op. Cit., párr. 100.

atravesado por las obligaciones genéricas de los arts. 1 y 2. Continuó diciendo que "considera[ba] pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello"[36].

Luego, el tribunal se encargó de definir las obligaciones específicas que surgen del art. 26, estableciendo el alcance del principio de progresividad y su correlato de no regresividad. Para ello se valió de los estándares asentados por el Comité de DESCA de Naciones Unidas, particularmente de su Observación General No. 3 (donde el órgano de control desarrolló las obligaciones específicas en la materia).

Con estos argumentos, la Corte Interamericana pareció dejar resueltos los dos interrogantes que se señalaban arriba. Sin embargo, esta postura no estuvo privada de altibajos. En efecto, en los casos *Furlan y familiares v. Argentina*[37], *Gonzales Lluy y otros v. Ecuador*[38] y *Suárez Peralta v. Ecuador*[39], todos posteriores a Acevedo Buendía, no se declaró violación directa al art. 26 a pesar de que el objeto de la litis era claramente sobre DESCA.

En los votos concurrentes y disidentes quedó expuesto que la decisión no fue pacífica[40]. Así, por ejemplo, en la sentencia del caso de Furlan (relativo a la discapacidad de un niño generada por un accidente en un terreno del Ejército Argentino), la jueza Margarette May Macauley introdujo, en su voto concurrente, que la vulneración sufrida por la víctima hubiese encuadrado mejor en una aplicación directa del art. 26 de la CADH[41]. Incluso, ante el argumento de que la creación del Protocolo de San Salvador mostraría la falta de voluntad de los Estados de que la Corte Interamericana tenga competencia en materia de DESCA (por fuera del derecho a la educación y los derechos sindicales), la jueza sostuvo que este instrumento "no establece ninguna disposición cuya intención fuera limitar el alcance

36 Corte IDH, caso Acevedo Buendía y otros, Op. Cit., párr. 101.

37 Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31–08–2012, Serie C No. 246.

38 Corte IDH, caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 01–09–2015, Serie C No. 298.

39 Corte IDH, caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21–05–2013, Serie C No. 261.

40 Para un análisis detallado sobre este punto, ver: Courtis, Christian (2019), *op. cit. supra*.

41 Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31–08–2012, Serie C No. 246, Voto concurrente de la jueza Margarette May Macauley, párr. 1.

de la Convención Americana"[42]; en consecuencia, debe llevarse adelante una interpretación sistemática de ambos instrumentos. Además, resaltó que los tratados deben interpretarse de buena fe, conforme el art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Con base en ello, Macauley expresó que "[e]sta interpretación de buena [fe] requiere del reconocimiento de que la Convención Americana no establece distinciones al señalar que su jurisdicción cubre todos los derechos establecidos entre los artículos 3 y 26 de la Convención"[43].

En el caso Suárez Peralta, fue el juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot quien sostuvo que el caso hubiese sido tratado de manera más plena si se hubiese abordado al derecho a la salud de manera autónoma, a través del art. 26[44]. La plataforma fáctica de este fallo estaba referida a la falta de fiscalización y supervisión sobre la atención médica brindada por una entidad estatal que derivó en una afectación a la salud de la víctima. Ello llevó al tribunal a hallar al Estado ecuatoriano responsable internacionalmente, pero no del derecho a la salud, sino del derecho a la integridad personal. Con ello, Ferrer Mac–Gregor Poisot manifestó que:

> Partiendo de la premisa de que el Tribunal Interamericano tiene plena competencia para analizar violaciones de *todos los derechos* reconocidos en la Convención Americana incluyendo los relativos al artículo 26, entre los cuales se encuentra el derecho al Desarrollo Progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que comprende el derecho a la salud —como se reconoce en la Sentencia que motiva el presente voto razonado—, considero que en el presente caso se debió analizar directamente este derecho social, debido a la competencia que entiendo tiene esta Corte IDH para pronunciarse sobre una posible violación a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente del derecho a la salud[45].

Resulta interesante destacar que el juez consideró que, para entender a los derechos humanos de manera interdependiente, es necesario que los DESCA sean abordados otorgándoles una visión autónoma, de acuerdo con sus características

42 Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina, Voto concurrente de la jueza Margarette May Macauley, Op. Cit., párr. 8.

43 Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina, Voto concurrente de la jueza Margarette May Macauley, Op. Cit., párr. 8.

44 Corte IDH, caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21–05–2013, Serie C No. 261, Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac–Gregor Poisot, párr. 3.

45 Corte IDH, caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Op. Cit., párr. 15.

específicas y esencia[46]. Deben entonces poder ser declarados violados de manera directa, sin depender de derechos civiles y políticos.

En el mismo sentido, si bien en el caso Gonzales Lluy (señalado *supra*) se declaró la responsabilidad estatal aplicando un enfoque directo, ello fue a partir del art. 13 del Protocolo de San Salvador y no en relación al art. 26. Esto resulta llamativo toda vez que el eje central del caso es el derecho a la salud de una niña que vivía con VIH. En cambio, en la sentencia se aplicó un enfoque de integración, tomando como base los elementos presentes de los DESCA en los derechos a la vida y la integridad personal. Se refleja también el debate entre las y los jueces de la Corte Interamericana en los votos concurrentes, donde el juez Ferrer Mac-Gregor Poisot (con la adherencia de los jueces Roberto Caldas y Manuel Ventura Robles) reafirmó la postura de Suárez Peralta.

Con ello, no fue sino hasta el año 2017 (con los casos Lagos del Campo y Trabajadores Cesados del Petroperú, ambos contra el Estado peruano) que el tribunal finalmente decretó la responsabilidad estatal por la violación autónoma a un DESCA a partir del art. 26 de la CADH. Para determinar su alcance, el tribunal observó que la norma redirige a las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura *que se encuentran contenidas en la Carta.* Como este instrumento no contempla de manera explícita derechos humanos, la Corte IDH recordó lo expresado en la Opinión Consultiva OC–10/89: no se puede interpretar ni aplicar la Carta de la OEA sin integrar sus normas con las de la DADDH[47], dado que "la Declaración Americana, constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales"[48].

Sumado a ello, el tribunal utilizó como parte de su argumentación al art. 29.d de la CADH en el sentido de que "[n]inguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: […] d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza". En suma, a partir de estos primeros dos casos donde se utilizó el enfoque directo sobre el art. 26 quedó sentado que, para determinar *qué derechos* se encuentran contemplados debe recurrirse tanto a la Carta de la OEA como a la DADDH. Posteriormente, como se verá

46 Corte IDH, caso Suárez Peralta vs. Ecuador, Voto concurrente del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Op. Cit., párr. 27.

47 Corte IDH, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC–10/89, 14–07–1989, Serie A No. 10, párr. 43. 143

48 Corte IDH, caso Lagos del Campo vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31–08–2017, Serie C No. 340, párr. 144.

infra, resaltó también la importancia del *corpus iuris* en materia de DESCA[49] para interpretar el contenido del art. 26, lo cual dio lugar a una interpretación enriquecida de la norma.

3.2 El derecho al cuidado a la luz del artículo 26

Para determinar si es posible una protección directa del derecho al cuidado a la luz del art. 26[50], resulta importante la sentencia de *Lhaka Honhat v. Argentina*. Ello responde a que, si bien en los casos previos la Corte se centró en derechos contenidos de manera explícita en la DADDH y/o en la Carta, en Lhaka Honhat amplió dicho margen. En este fallo, relativo a la vulneración de distintos derechos de 132 comunidades indígenas localizadas en la Provincia de Salta, el tribunal determinó que el derecho al agua se encuentra protegido por el art. 26. Si bien este derecho no surge específicamente de la DADDH o de la Carta, el tribunal concluyó que "se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua"[51]. Recordó, entonces, que "ya con anterioridad ha adoptado decisiones sobre la base de advertir la existencia de derechos a partir del contenido de otros que surgen de textos convencionales aplicables"[52], como – por ejemplo – el derecho a la verdad en el caso *Gelman v. Uruguay*[53].

En el mismo sentido, en relación con el derecho a un ambiente sano[54], mantuvo que está contemplado de manera implícita en los arts. 30, 31, 33 y 34 de la Carta, los cuales disponen la obligación de los Estados de alcanzar el desarrollo integral de la sociedad[55]. En palabras de la Corte IDH, el desarrollo integral hace referencia "[a]l nombre general dado a una serie de políticas que trabajan

49 Como lo había realizado en el caso Corte IDH, caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Op. Cit., en relación al *corpus iuris* internacional en materia de niñez para determinar el alcance del art. 19 de la CADH.

50 En este sentido, ver: Brocca, Mariana, "El derecho humano al cuidado en el Sistema Interamericano: aportes para su justiciabilidad directa a la luz del artículo 26 de la CADH", Op. Cit.

51 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 06–02–2020, Serie C No. 400, párr. 222.

52 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, Op. Cit.

53 Corte IDH, caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 24–02–2011, Serie C No. 221.

54 La primera vez que la Corte IDH se pronunció sobre el derecho a un ambiente sano fue en: Corte IDH, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal – interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC–23/17, 15–11–2017, Serie A No. 23.

55 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, Op. Cit., párr. 202.

conjuntamente para fomentar el desarrollo sostenible". Para analizar este concepto, entonces, resultan elementos clave los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), elaborados por las Naciones Unidas.

Para delimitar el alcance del derecho a un ambiente sano hizo uso del *corpus iuris* internacional en materia de DESCA. La Corte Interamericana sostuvo que "como ha sido la práctica constante de este Tribunal, al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos a la luz de otros tratados y normas pertinentes" [56]. Continuó diciendo que "la misma Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, específicamente a través del art. 29, el cual prevé el principio *pro persona*"[57].

Como los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, debe entonces realizarse una interpretación evolutiva conforme a los tiempos actuales. Con base en ello, el tribunal citó el art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que "autoriza la utilización de medios interpretativos tales como los acuerdos o la práctica o reglas relevantes del derecho internacional que los Estados hayan manifestado sobre la materia del tratado, los cuales son algunos de los métodos que se relacionan con una visión evolutiva del Tratado"[58].

Se observa, de este modo, que los consensos en materia de cuidado generados entre los Estados americanos en los últimos 15 años (desde el Consenso de Quito) entran dentro de este *corpus iuris* internacional, en el cual se reconoce de manera específica que el cuidado es un derecho humano. En el mismo sentido, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores también reconoce este derecho, lo cual da aún más fuerza a su inclusión dentro del *corpus iuris* internacional y, consecuentemente, dentro del art. 26 de la CADH.

Sumado a ello, dentro de los argumentos desarrollados para la incorporación de derechos dentro de la norma mencionada se encuentra el de desarrollo integral de la sociedad comprendido en los arts. 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA. Si entendemos al cuidado como el trabajo fundamental para el bienestar de la sociedad, resulta claro que esta interpretación de la Carta de la OEA también es más

56 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, Op. Cit.

57 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, Op. Cit., párr. 196.

58 Corte IDH, caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat, Op. Cit., párr. 197.

que adecuada para el reconocimiento del derecho al cuidado. En efecto, todas las personas requerimos ser cuidadas ya que nuestra supervivencia depende de ello.

Entonces, no puede desconocerse que no es posible definir modelos de desarrollo sostenible sin que se considere al cuidado como central, el cual debe ser garantizado a partir de estándares de calidad, sin discriminación por motivos de clase, raza, nacionalidad, entre otros y que, además, no considere que son las mujeres quienes deben proveerlo, sino que es una responsabilidad societal ineludible. Al respecto, debe recordarse que la Meta 5.4 de los ODS dispone que se debe "[r]econocer y valorar los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados mediante servicios públicos, infraestructuras y políticas de protección social, y promoviendo la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país". En suma, no puede hablarse del bienestar de una sociedad si se delega en las mujeres el trabajo de cuidado, de manera invisibilizada y marginalizada, sin que todos los actores involucrados lo asuman. Se trata de que Estado, los mercados, las organizaciones sociales y comunitarias y los varones asuman cada uno su responsabilidad – que no es otra cosa que lo que han hecho las mujeres a lo largo de la historia –.

Esto lo han visibilizado, por ejemplo, las economistas feministas al desarrollar la línea de la economía del cuidado, conforme con la cual el cuidado es el trabajo esencial para la sostenibilidad de la vida[59]. Esta corriente se ha encargado de mostrar que la finalidad de una economía efectiva no es la reproducción del capital, sino la reproducción de la vida. Si se reafirma, entonces, al cuidado como un derecho autónomo, transversal a todos los seres humanos y al resto de los derechos, se estaría garantizando, justamente, la sostenibilidad de la vida y, con ello, el bienestar de la sociedad conforme la Carta de la OEA y al *corpus iuris* internacional.

4. Conclusiones

El cuidado es un trabajo y un derecho humano que la región latinoamericana ha potenciado en su alcance y efectos. Sin embargo, el hecho de que se haya tomado mayor conciencia del gran peso del cuidado como trabajo no significa que se esté distribuyendo. Que hoy se visibilice, que se busque responder con medidas gubernamentales más amplias (con base al reconocimiento de derechos), que se

59 Rodríguez Enríquez, Corina, "La cuestión del cuidado: ¿El eslabón perdido del análisis económico?", en Revista de la CEPAL, No. 106, (CEPAL), pp. 23–36.

implementen sistemas nacionales de cuidado, que se cuantifique el uso del tiempo y la generación de valor económico que produce el cuidado representa un cambio ineludible. Se requiere dar un paso más en este proceso transformador reforzando el carácter autónomo del derecho al cuidado.

Para garantizar el ejercicio del cuidado como un derecho de cada persona, se requiere promover formas permanentes e institucionales de compromisos en favor de la igualdad, sobre la base del cumplimiento de obligaciones positivas y negativas. En concordancia con ello están los estándares de calidad, cantidad, adecuabilidad, máximo de recursos disponibles que, sumados a los principios fundantes de derechos humanos, se aplican al cuidado, a los derechos y a las obligaciones que a cada persona nos corresponden. En especial, se requiere un cambio cultural también transformador y que cada persona asuma su responsabilidad individual y su corresponsabilidad social con el cuidado. Es así como debemos cuidarnos, cuidar a otros y cuidarnos socialmente en el marco de respeto y de garantías de derechos humanos. El sistema interamericano y la Corte Interamericana tienen una gran oportunidad de acompañar este cambio transformador ampliando los márgenes y situando al derecho al cuidado en toda su dimensión.

PARTE 5:
CÁTEDRA
JORGE HUNEEUS ZEGERS

PUBLIC LAW, THE LEVELS OF THE LAW, AND ENVIRONMENTAL PROBLEMS

Elizabeth Fisher[60]

In 1950 the Chilean poet Gabriela Mistral wrote in the essay, 'My Country' that 'something like a synthesis of the planet is fulfilled in the geography of Chile'.[61] That also means that a synthesis of environmental problems can also be found in the geography of Chile. Air quality in Santiago due to transport the city's location in a basin and the seasonal weather.[62] Water quality due to urban populations, industry, and agriculture.[63] The environmental impacts of natural resource development.[64] The biodiversity impacts caused by eucalypts and pine plantations.[65] Soil degradation.[66] Wildfires and the other disasters being wrought by climate change.[67] The Chilean population, like populations across the world, live in ecologically

60 Professor of Environmental Law, Faculty of Law and Corpus Christi College, University of Oxford. This was presented as the Jorge Huneeus Public Law Lecture on the 5 December 2023 at the Faculty of Law, University of Diego Portales. I would like to thank Javier Couso, Eimear Fanthorpe, Sonam Gordhan, Dominique Hervé, Samuel Ruiz-Tagle, and Juliana Velez Echeverri for constructive and perceptive comments on earlier drafts. The research for this lecture was supported by Leverhulme Grant MRF-2021-071.

61 Gabriela Mistral, 'My Country' (UN World, May 1950) published in Elizabeth Quay Hutchison et al (eds) *The Chile Reader: History, Culture, Politics* (Duke University Press, Durham, 2014) 26.

62 Nathaly Rivera, 'Air quality Warnings and Temporary Driving Bans: Evidence from Air Pollution, Car Trips, and Mass-transit Ridership in Santiago' (2021) 108 Journal of Environmental Economics and Management 102454.

63 Guillermo Donoso (ed) *Water Policy in Chile* (Springer, Cham, 2018).

64 Levi Campos and Cristian Mardones, 'An Economic Evaluation of the Health and Agricultural Damages Caused by Copper Mining in Chile' (2023) 58 Latin American Research Review 342.

65 Anders Christian Braun, 'Encroached by Pine and Eucalyptus? A Grounded Theory on an Environmental Conflict between Forest Industry and Smallholder Livelihoods in Chile' (2021) 82 Journal of Rural Studies 107.

66 Varoliza Aguirre, 'Soil resource, a Pending Regulatory Debt in Chile' (2023) 12 Soil Security 100097.

67 See 'Fires Scar the Chilean Landscape' (Earth Observatory NASA, mage of the Day for February 18, 2023) https://earthobservatory.nasa.gov/images/150994/fires-scar-the-chilean-landscape accessed 22 December 2023.

precarious times. And those times, whether we like it or not, are the product of humanity.

None of this has escaped the notice of the Chilean people, governments, and lawyers. How could it. And over the last decades, many environmental laws have been passed at national, international, and subnational levels. Environmental legislation such as the Climate Change Framework Law of 2022. Numeral 8 of Article 19 of the 1980 Constitution and the environmental provisions in different constitutional drafts in recent years. The Escazú Regional Agreement on Access to Information, Public Participation and Justice in Environmental Matters in Latin America and the Caribbean.[68] There has also been an increased role for courts and different levels. The creation of the 1st Environment Court in Chile in 2013.[69] The Chilean Supreme Court's ruling in 2019 concerning air pollution in Quintero.[70] The Chilean and Colombian request of advisory opinion from the Inter-American Court of Human Rights on the scope of state obligations for responding to the climate emergency.[71]

I could go on. The end result would be replacing Mistral's poetic words about geography with a long list of laws that can make even the most conscientious public lawyer's eyes glaze over with boredom. But this lecture is not a recitation of environmental laws. It is a lecture about the 'levels of the law'.

In English, 'level' has a range of meanings.[72] In colloquial language, to be 'on the level' is to be 'fair, honest, or straightforward; reliable, true'. More formally, to find one's level is to find a 'proper place with respect to those around or connected with them'. To talk of the levels of the law is to talk of a reliable and straightforward understanding of all these laws and the relationship between them. It is to talk of the best way to imagine the role of law.

My exploration of the 'levels of the law' proceeds in three steps. First, I consider the stories that lawyers tell about environmental problems, and how those stories miss much out. Second, I show how law is performing many different 'jobs' in relation to environmental problems. Finally, I argue that a reliable and

68 Stephen Stec and Jerzy Jendrośka, 'The Escazú Agreement and the Regional Approach to Rio Principle 10: Process, Innovation, and Shortcomings' (2019) 31 JEL 533.

69 For an example of their jurisprudential work see Second Environmental Court, *Environmental Law: Studies from the Jurisprudence of the Environmental Court of Santiago* (Editorial Libromar, Santiago, 2021).

70 *Francisco Chahuan Chahuan v Empresa Nacional de Petroleos,* ENAP SA, , No 5888-2019 (Chile)

71 Republic of Chile and Republic of Colombia, request of advisory opinion on Climate Emergency and Human Rights to the Inter-American Court of Human Rights (9 Jan 2023).

72 The definitions in this paragraph are taken from the Oxford English Dictionary, online edition, https://www.oed.com/?tl=true accessed 22 Dec 2023.

straightforward understanding of the law requires recognising the importance of public law, public law expertise, and public law imagination.

1. Story Telling About Environmental Problems

Many lectures and writing about environmental law start with a picture of the Earth from space.[1] There are reasons for this. Some environmental problems are global in nature. The first photos of the Earth in full were in the late 1960s, a time of environmental law reform in many countries. But the image of the globe has a powerful hold on our legal imaginations. As the anthropologist Anna Lowenhaupt Tsing notes, 'the globe is a node for the expression of universal logic'.[2]

That universal logic is often manifested itself in the narrative arc of many lectures on environmental law. Here is an environmental problem, here is what has caused it, and here is a call for urgent legal reform that stops those causes. There is a linearity and forthrightness in that narrative which is appealing.[3] We are warming the world, it is caused by these activities, we should act to stop those activities. Law is understood as an instrument that should deliver that action – no more, no less.[4]

In being so it is thought not to contribute much except being the conduit for action. As a conduit there is often an appeal to such law operating at 'higher levels' – federal laws,[5] international treaties,[6] constitutional rights,[7] or overarching meta theories[8] being four examples. Such laws are appealing as they appear to

1 A point powerfully made by Sheila Jasanoff, 'Image and Imagination: The Formation of Global Environmental Consciousness' in Clark A. Miller & Paul N. Edwards (eds) *Changing the Atmosphere: Expert Knowledge and Environmental Governance* (MIT Press, Cambridge, MA, 2001) 310 and Anna Lowenhaupt Tsing, *Friction: An Ethnography of Global Connection* (Princeton University Press, Princeton, 2005) Ch 2.

2 Tsing (n 13) 88.

3 On the appeal of linear narratives see Liz Fisher, 'Challenges for the EU Climate Change Regime' (2020) 21 German Law Journal 5, 5-6.

4 Elizabeth Fisher, 'Imagining Technology and Environmental Law' in Roger Brownsword, Eloise Scotford, and Karen Yeung (eds), *Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology* (OUP, Oxford, 2017).

5 See legal arguments in *Commonwealth of Australia v State of Tasmania* [1983] HCA 21, (1983) 158 CLR 1.

6 Elizabeth Fisher, 'Legal Imagination and Teaching International Environmental Law' in Jacqueline Peel and Lavanya Rajamani (eds) *Oxford Handbook of International Environmental Law* (2nd ed, OUP 2021).

7 César Rodríguez-Garavito, 'Litigating the Climate Emergency: The Global Rise of Human Rights–Based Litigation for Climate Action' in César Rodríguez-Garavito, (ed) *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* (CUP, Cambridge, 2022).

8 Margot Hurlbert, Andrea Simonelli and Timothy Cadman (eds) *Earth System Law: Standing on the Precipice of the Anthropocene* (Routledge, Abingdon, 2021) and Louis J Kotze *Global Environmental Constitutionalism in the Anthropocene* (Hart, Oxford, 2016).

trump other law. From this perspective, being 'on the level' is about recognising the seriousness and urgency of an environmental problem and acting in a decisive and overarching way in relation to it.

Environmental problems and the risks they create are real. There is a need for action. But responding to environmental problems is rarely straightforward. Environmental problems up close are not a single story that have a universal logic, and a sole narrative arc.

> Let me return to Mistral. In the poem 'Teller of Tales', she writes:
>
> When I walk all the things
> of the Earth awaken,
> and they rise up and whisper
> and it's their stories that they tell.[9]

As an environmental law scholar Mistral's poem leapt out at the page to me. Part of the expertise of the environmental lawyer is 'noticing' and 'listening'. And there is a lot to notice and listen to. Particularly stories.[10]

Take for example David Boyd, the UN Special Rapporteur on Human Rights and the Environment's description of a visit to Ventanas in May this year. He states:

> I smelled the toxic fumes of industry in Ventanas and felt them in my throat. I listened to the testimony of mothers, tears rolling down their cheeks, who are afraid to send their children to school.[11]

But he also saw paintings by children pleading not to be poisoned. He saw maps depicting 'dramatically elevated arsenic levels in the Quintero-Puchincaví region'.[12] He listened to scientists describe '"unacceptable" cancer risks to children'.[13]

---

9 Gabriela Mistral, 'The Teller of Tales' in *Selected Poems of Gabriela Mistral*, Translated by Ursula K. Le Guin (University of New Mexico Press, Albuquerque, 2011) 387.

10 Chris Hilson, 'The Role of Narrative in Environmental Law: The Nature of Tales and Tales of Nature' (2022) 34 JEL 1.

11 Dr David R. Boyd, 'Statement at the conclusion of country visit to Chile' (United Nations Special Rapporteur on human rights and the environment 3 – 12 May, 2023), https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/issues/environment/srenvironment/eom-statement-Chile-12-May-2023-EN.pdf.

12 Ibid.

13 Ibid.

But environmental problems are not just stories about harm. Mistral in her poem states, 'the people who cut trees, the people who break stones, want stories before they go to sleep'.[14] There are also stories about why addressing harm is difficult. About economies. About 'the way things are'.[15]

Consider this minor example. On 20 May 2022, Oxfordshire County Council, the local government body, introduced three Low Traffic Neighbourhoods (LTNs) into the area of East Oxford that I live.[16] An LTN consists of a series of planters and bollards that block through traffic on minor roads. In the last three years, LTNs have been introduced in urban areas across the UK.[17] Central government policy and funding have supported these initiatives.[18] The purpose of LTNs is 'improving air quality, combatting climate change, improving health and wellbeing, addressing inequalities and tackling congestion on our roads'.[19]

That all sounds straightforward stuff, but East Oxford LTNs, like LTNs elsewhere, are controversial.[20] In East Oxford, some welcome the schemes for the reasons they were set up. Poor air quality is a feature of Oxford life and the side streets were built in the Victorian era and never designed for cars. Others have strongly opposed LTNs. For them, LTNs threaten economic livelihoods, privilege those who live in side streets, and make air quality worse. Others doubt the problems that that the LTNs were trying to address exist and see LTNs as a form of totalitarianism. Disagreement has not remained local. There have been protests, media interest and LTNs have become a key wedge issue in national politics.[21]

In listening to people in East Oxford, I am told many stories. To quote Mistral again:

> So many they take my breath away

14 Mistral, 'The Teller of Tales' (n 21) 389.

15 Arlie Russel Hochschild, *Strangers in Their Own Land: Anger and Mourning on the American Right*, (New Press, New York, 2016) discussing the 'deep story' that results in members of environmentally degraded communities resisting environmental laws.

16 For a history of these LTNs see https://www.oxfordshire.gov.uk/residents/roads-and-transport/connecting-oxfordshire/low-traffic-neighbourhoods/east-oxford-ltns accessed 22 December 2022.

17 Anna Goodman and others, 'The Impact of 2020 Low Traffic Neighbourhoods on Levels of Car/Van Driving among Residents: Findings from Lambeth, London, UK' (2023) Findings https://doi.org/10.32866/001c.75470.

18 Department of Transport, *Gear Change: A Bold Vision for Cycling and Walking* (UK Government, 2020)..

19 Ibid 9.

20 Stuart McGurk, 'Road Warriors' (The House Long Reads, 14 May 2023) https://longreads.politicshome.com/road-warriors accessed 22 December 2023.

21 Graeme Baker, 'Sunak vows to stop 20mph Zones and Review LTNs' (BBC News, 30 September 2023) https://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-66965714 accessed 22 December 2023.

buzzing, boiling, humming
Uncalled they come to me,
And told, they still won't leave me.[22]

Some are on Twitter. Some in the street. At the shops. In my house. At my work. At the school gate. People tell me stories about how LTNs have made their economic precariousness even more precarious. People tell tales about quiet streets. I am told fables about better solutions. Stories about conspiracy. Stories about incompetence. And what I see as I walk and cycle around my neighbourhood also tells stories. Children on bicycles. Traffic jams. People carrying their shopping bags back from the supermarket. Motorists angry at a bollard being their way.

Bollards in East Oxford is minor stuff. But I tell you about what is happening in my place because it is an example that underscores the limits of thinking of environmental problems in terms of a 'universal logic'. Take any environmental problem 'in the synthesis of the planet' that is the geography of Chile and you are likely to see a similar cacophony of stories. There is no neat narrative arc of 'problem, identification of cause, and then action'. Rather there are competing understandings of the problem and what should be done about it.

There are a variety of reasons for this. Let me identify three.

The first is that environmental problems do not exist in the world with little labels on them informing the world they are an 'environmental problem'. The British writer George Marshall has described climate change as multivalent and that is a term that can be applied to many other environmental problems.[23] By multivalent, Marshall means a problem

> is so open to multiple meanings and interpretations. It provides us with none of the defining qualities that would give it a clear identity–no deadlines, no geographical location, no single cause, solution, or enemy.[24]

Thus, climate change can be simultaneously understood as an emergency, something that needs dealing with in forty years time, a manageable problem, and a catastrophe happening elsewhere. This problem is made complicated by the fact that while the physics is clear as are past temperature rises, determining what happens

22 Mistral, 'The Teller of Tales' (n 21) 387.

23 George Marshall, *Don't Even Think About It: Why Our Brains Are Wired to Ignore Climate Change* (Bloomsbury, London, 2014) 94.

24 Ibid.

in the future is an exercise in working with probabilities. Air quality and climate change are also not easy to see and thus hard to grasp. What all this means is that in environmental disputes there are also disagreements about whether there is even a problem at all.[25]

A second feature of environmental problems is that acting in relation to them requires acknowledgment that what was previously understood to be 'normal' and 'acceptable' is no longer. The LTNs made behaviour that many people think of as unremarkable, the use of side roads, unacceptable. As the Indian novelist Amitav Ghosh states, the impacts of climate change are 'the mysterious work of own hands returning to haunt us in unthinkable shapes and forms'.[26] He thus describes climate change as 'uncanny'.[27]

That uncanniness, not only makes environmental problems hard to accept as a problem, it also means that any action in relation to them is a disruption of the status quo which will create new winners and losers. The East Oxford LTNs are a case in point. Besides improving air quality and shifting people out of cars, the LTNs have improved the living conditions of those in side streets as streets have less traffic. But the LTNs do mean that there are traffic delays on some boundary roads. That has consequences for commuters.[28]

Third, and finally, environmental problems are inherently polycentric in that they have many causes and many effects.[29] As Elinor Ostrom noted in relation to climate change As Ostrom noted, '[t]o solve climate change in the long run, the day-to-day activities of individuals, families, firms, communities, and governments at multiple levels must change substantially'.[30] The reason why Oxford has poor air quality and lots of traffic is not singular. It is to do with the geography of the Thames river valley. It is to do with a road layout, that is the product of previous centuries. It is to do with transport links. It is to do with who comes

25 See the review of Marshall's book and the comments at Andrew Hoffmann, 'A Climate of Mind' (Stanford Social Science Innovation Review, Winter 2015), DOI: 10.48558/cfe8-tc29.

26 Amitav Ghosh, *The Great Derangement: Climate Change and the Unthinkable* (University of Chicago Press, Chicago, 2016) 32.

27 Ibid and Marshall (n 35) 95.

28 See the different assessment documents at https://www.oxfordshire.gov.uk/residents/roads-and-transport/connecting-oxfordshire/low-traffic-neighbourhoods/east-oxford-low-traffic-neighbourhoods/additional-cabinet-documents accessed 22 December 2023.

29 Elizabeth Fisher, Bettina Lange, and Eloise Scotford, *Environmental Law: Text, Cases and Materials* (2nd ed, OUP, Oxford, 2019) 25-27.

30 Elinor Ostrom, 'Polycentric Systems for Coping with Collective Action and Global Environmental Change' (2010) 20 Global Environmental Change 550, 551.

into the city and the reasons why they do. It is to do with Google Maps guiding people onto side streets. It is to do with the cars people drive which is due to how the car market works. And that is just in relation to a few streets in a small city in England.

To quote Tsing again, 'Places are made through their connections with each other, not their isolation'.[31] Take trade. Monoculture forestry or mining in one place is due to market demands in another.[32] And taking action to respond to environmental problems gives rise to new problems. The increased demand for batteries increasing the need for lithium mining is an example of this.[33] And it has consequences for indigenous communities, companies, governments and many others.

2. The Role of Law

So what is the role of law in all this? It is definitely not a single tool. To illustrate this let me turn to the 'law-jobs' theory of the American legal realist Karl Llewellyn. A theory that was developed incrementally by him engaging in both philosophical and ethnographic work.[34] It is a theory with different dimensions – here I want to focus on the five different jobs that he identified as law playing.

The first law-job is that of what Llewelyn called 'channelling'.[35] To quote him, this involves 'effective channelling, preventively and in advance, of people's conduct - and attitudes - toward one another'.[36] It also includes rechannelling in light of change.[37] 'Channelling' is what we think of as the instrumental role of law in responding to a problem. Its law regulating behaviour. In relation to environmental problems, because they are collective action problems, that channelling is

31 Anna Lowenhaupt Tsing, 'The Global Situation' (2000) 15 Cultural Anthropology 327, 330.

32 Thomas Hylland Eriksen, *Overheating: An Anthropology of Accelerated Change* (Pluto Press, London, 2016).

33 Sanja Bogojević, 'The Race for Lithium and the Rule of Law' (Climate Change and the Rule of Law Blog, UCL, 22 March 2022).

34 See Karl N. Llewellyn, 'The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method' (1940) 49 Yale L J 1355; Karl N. Llewellyn and E. Adamson Hoebel, *The Cheyenne Way*: *Conflict and Caselaw in Primitive Jurisprudence* (University of Oklahoma Press, Norman, 1941); and Llewellyn's unpublished course materials in William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (2nd ed, CUP 2012) 552-572. See also Twining's discussion in Chapters 8 and 9. For ease of reference, most of the reference below are from 'The Normative, the Legal, and the Law-Jobs'.

35 Llewellyn, 'The Normative, the Legal, and the Law-Jobs' (n 47) 1376-1383.

36 Ibid, 1376.

37 Ibid, 1377.

primarily done through the state and thus through constitutional and administrative law.[38] The channelling is also not just in relation to telling people what they can and cannot do. Let me provide two examples.

For example, due to the multivalence of environmental problems, channelling also involves defining what is an environmental problem and/or what assessment needs to be carried out to assess whether there is an environmental problem.[39] Take for example the Water Framework Directive in the European Union.[40] Article 4(1)(a)(i) places a duty on Member States to 'prevent deterioration of the status of all bodies of surface water'[41] and provides a framework for Member States to utilise in assessing the ecological status for water quality and whether it is deteriorated.[42] Environmental law will also channel the behaviour of the state. The public participation provisions of Article 7 of the Escazú Agreement, which requires the public's right to participation is an example here.

The second law-job that Llewelyn identified is the allocation and exercise of authority. What he called 'arranging for the say and the manner of its saying'.[43] Law defines when someone can act authoritatively. Legal authority – 'the say' operates through the legal cultures of nation states – through states governing their jurisdictions and as consenting participants in international law. Regarding public international law, it only binds within a nation state on the terms of that national legal culture.[44]

National legal cultures thus really matter. Take for example, the East Oxford LTN. It was created by a piece of delegated legislation[45] and that delegated legislation was passed pursuant to national legislation.[46] The legislative acts of the UK parliament are sovereign. There is no standalone written constitution. The UK is a dualist system – international law has no direct and independent legal force.[47]

38 On the role of the state see Fisher, Lange and Scotford (n 41) 50-56 and Ch 4.

39 Elizabeth Fisher, *Risk Regulation and Administrative Constitutionalism* (Hart, Oxford, 2007) Ch 1.

40 Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy [2000] OJ L327/1.

41 Ibid.

42 Henrik Josefsson, 'Ecological Status as a Legal Construct—Determining its Legal and Ecological Meaning' (2015) 27 JEL 231.

43 Llewellyn, 'The Normative, the Legal, and the Law-Jobs' (n 47) 1383.

44 Fisher, Lange and Scotford (n 41) 410-414.

45 (Oxford, East Oxford Area) (Low Traffic Neighbourhoods Experimental Traffic Management) Order 2022.

46 Section 9 of the Road Traffic Regulation Act 1984

47 Fisher, Lange and Scotford (n 41) 410.

We have nothing akin to Art 5 of the 1980 Chilean constitution that states that sovereignty is limited by 'essential rights which emanate from human nature' or the duty of the 'organs of the State to respect and promote those rights, guaranteed by this Constitution, as well as by the international treaties ratified by Chile and which are in force'.

Allocating legal authority has other dimensions. Thus, in Federal systems such as the US and Australia, there will also need to be an allocation of authority between 'federal' government and the 'state governments'. What that allocation of authority is will be determined by a federal constitution where that constitution has often been drafted before environmental problems became so legally salient.[48] Often there will be, particularly in the environmental context a creation of a legal framework that requires a significant role for both. Take for example the Clean Air Act in the United States.[49] National Ambient Air Quality Standards are set at the federal level,[50] but it is states that have the responsibility for meeting those standards through their state implementation plan.[51] Or the unit of governance may be allocated by the environmental law itself. For example, the Water Framework Directive requires the creation of river basins districts, and these can cross borders.[52]

That reflects the fact that while nation states are the building blocks of legal authority, environmental problems do not necessarily sit neatly within the geography of states. There are also forms of authority that also do not sit easily within hierarchies. For example, a states' environmental measures can fall under the domain of the authority of international investment treaties.[53] 'Arranging the say' then is quite a complex business.

The third law-job that Llewellyn identified is dealing with 'trouble cases'[54] - addressing 'offense, grievance, dispute'.[55] Llewellyn argued that failure to deal with these conflicts can result in 'total breakdown'.[56] The multivalence, uncanni-

48 The Australian Constitution being a case in point. See James Crawford, 'The Constitution and the Environment' (1991) 13 Sydney Law Review 11.

49 John Dwyer, 'The Practice of Federalism Under the Clean Air Act' (1995) 54 Maryland Law Review 1183.

50 42 USC § 7409.

51 42 USC § 7410

52 Article 3, Directive 2000/60/EC (n 52).

53 Jorge Viñuales, *Foreign Investment and the Environment in International Law* (Cambridge University Press, Cambridge, 2012).

54 Llewellyn, 'The Normative, the Legal, and the Law-Jobs' (n 47) 1375-6.

55 Ibid 1375.

56 Ibid.

ness, and polycentric nature of environmental problems means that disputes are inevitable.[57] Thus, for example, other LTNs in the UK have been subject to judicial review challenges in England and Wales.[58]

Dealing with trouble cases can take many forms. In environmental law it is often about holding government to account. This is where the adjudicative processes of courts and tribunals have a role to play. They are sites for adjudicating on conflict. They can do that in many ways. For example, much of the work of the New South Wales Land and Environment Court in Australia is done through a range of different alternative dispute resolution mechanisms that mix mediation, negotiation, and forms of conciliation.[59]

And there are many other disputes that need resolving. Disputes over whether obligations exist,[60] what is the scope of an environmental law,[61] what does a term mean,[62] who has a right to challenge a decision in Court.[63] There have been in Australia high profile constitutional cases about the constitutional validity of environmental laws passed by Federal and state governments.[64] There is no explicit environmental competence for the Federal government, but it does have a 'external relations' power that may encompass environmental measures.[65] State governments are usually seen as taking primary responsibility in relation to environmental law, but under s. 90 of the Australian constitution the Federal Parliament has exclusive power to 'to impose duties of customs and of excise'.[66]

As Llewellyn also noted, dealing with trouble-case 'tests which are the Rules that prevail in lawyers' lives instead of lawyers' legend'.[67] That can particularly be seen in common law systems, where adjudicating explicitly contributes to the law. Take for example, UK case law interpreting the environmental information obligations

57 Elizabeth Fisher, *Environmental Law: A Very Short Introduction* (OUP, Oxford, 2017) Ch 1.

58 Eg *Sheakh, R (On the Application Of) v London Borough of Lambeth Council* [2022] EWCA Civ 457.

59 Mary Walker, 'Alternative Dispute Resolution in the Land and Environment court of New South Wales' in Elizabeth Fisher and Brian Preston (eds), *An Environmental Court in Action: Function, Doctrine and Process* (Hart, Oxford, 2022).

60 *Friends of the Earth Ltd & Ors, R (on the application of) v Heathrow Airport Ltd* [2020] UKSC 52

61 *Sackett v Environmental Protection Agency* 598 US _ (2023).

62 *West Virginia v Environmental Protection Agency* 597 US _ (2022).

63 *Sierra Club v. Morton* 450 US 727 (1972)

64 *Commonwealth of Australia v State of Tasmania* (n 17) and *Vanderstock v Victoria* [2023] HCA 30.

65 *Commonwealth of Australia v State of Tasmania* (n 17).

66 *Vanderstock v Victoria* (n 76).

67 Llewellyn, 'The Normative, the Legal, and the Law-Jobs' (n 47) 1376.

of the Aarhus Convention – the European equivalent of the Escazú Agreement.[68] The Aarhus Convention has an exception, not found in the Escazú Agreement, that a request can be refused because the 'request is manifestly unreasonable'.[69] What that term means is not clear however.[70] UK freedom of information legislation has an exception that operates where a request is 'vexatious'.[71] Over time, UK tribunals and courts have had to interpret these different terms.[72] UK tribunals first defined 'unreasonable' to cover 'obsessive' requests – a term that encompassed the conduct of those asking.[73] In 2015, the Court of Appeal in England and Wales found that 'unreasonable' needed to be interpreted objectively and the difference between a person submitting being 'vexatious' and 'unreasonable' is 'vanishingly small'.[74] There was thus a merging of the environmental information and freedom of information exceptions. This is the rule that 'prevails in lawyers lives'.[75]

The fourth law-job is what Llewellyn called 'the net drive'[76] but is perhaps better understood as the wider legal culture – that is the ethos, assumptions, and commitments that operate in a legal system.[77] For example, democracy, justice, fairness, freedom, the rule of law.[78] Some of these might be written into laws – often in constitutions – and others might not be.

And what is written in law will often reflect a deeper ethos, one that does not always sit within national borders. Take for example, Javier Couso's identification of different strands of Latin American constitutionalism.[79] Art 5 of the Chilean constitution can be understood as part of what he describes as 'a conscious effort

68 Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation, and Access to Justice in Environmental Matters 2161 UNTS 447 (1998). See Emily Barritt, *The Foundations of The Aarhus Convention: Environmental Democracy, Rights And Stewardship* (Hart 2020) for an excellent discussion of it.

69 Art 4(3)(b), ibid.

70 Elizabeth Fisher, 'Exploring the Legal Architecture of Transparency' in P Ala'i & R Vaughn (eds) *Research Handbook on Transparency* (Edward Elgar 2014).

71 Section 14(1) Freedom of Information Act 2000.

72 Fisher, 'Exploring the Legal Architecture of Transparency' (n 82) 67-72.

73 Ibid 72.

74 *Dransfield & Anor v The Information Commissioner & Anor* [2015] EWCA Civ 454, [78].

75 Llewellyn, 'The Normative, the Legal, and the Law-Jobs' (n 47) 1376.

76 Ibid 1387-1391

77 On legal culture see David Nelken, 'Using the Concept of Legal Culture' (2004) 29 Australian Journal of Legal Philosophy 1.

78 Llewellyn, 'The Normative, the Legal, and the Law-Jobs' (n 47) 1391.

79 Javier Couso, 'Latin American New Constitutionalism: A Tale of Two Cities' in Conrado Hüber Mandes et al (eds) *Oxford Handbook of Constitutional Law in Latin America* (OUP, Oxford, 2022).

to connect national, comparative, and international law in order to build a common and progressive conception of constitutionalism'.[80] The key word here is 'conception'. It is not a hierarchy of law but a culture of a particular way of thinking. And that culture will not be singular. Democracy is pluralistic. Legal cultures bear the marks and traumas of their legal pasts. Take for example, Pablo Ruiz-Tagle's identification of the five different constitutional moments in Chile.[81]

Environmental problems often require engagement with these deeper values of the legal order. Environmental harms are rarely evenly distributed so directly raise questions about justice and fairness.[82] Environmental regulations are often understood as a threat to 'property rights' but that begs the question of what is a property right.[83] And then there are bigger intellectual questions. In walking the streets of East Oxford, I bumped into a colleague.

> 'Don't tell anyone but I like the LTN' they said.
> 'Why shouldn't I tell anyone' I replied
> 'Because as a good liberal I shouldn't like what limits me'.

The fifth and final law-job is what Llewellyn called 'juristic method'.[84] He described it as 'the ways of handling "legal" tools to law-job ends, and of the on-going upkeep and improvement of both ways and tools'.[85] Juristic method is not just legal method. It applies also to all law-jobs.[86] It might be thought of as legal expertise.[87] Llewelyn described this legal expertise as a 'craft'[88] and included that which could be taught and that which is learned through practice – tacit expertise.[89] For him

80 Ibid 357.

81 Pablo Ruiz-Tagle, *Five Republics and One Tradition: A History of Constitutionalism in Chile 1810–2020* (CUP, Cambridge, 2021).

82 Kristin Shrader-Frechette, *Environmental Justice: Creating Equality, Reclaiming Democracy* (OUP, New York, 2002).

83 Ben France-Hudson, 'Surprisingly Social: Private Property and Environmental Management' (2017) 29 JEL 101.

84 Llewellyn, 'The Normative, the Legal, and the Law-Jobs' (n 47) 1392-95.

85 Ibid 1392.

86 Ibid 1393.

87 Ibid 1393.

88 Ibid 1393. For Llewelyn's longer discussion of this see his unpublished course materials extracted in Twining (n 46) 561-58.

89 As discussed in his course materials extracted in Twining (n 46) 563.

it included spokesmanship, trouble shooting, giving advice, knowing the law, and understanding what a valid legal interpretation could be in a legal culture.[90] Environmental problems may be relatively new, but that does not mean that environmental law does not involve all these different forms of expertise.[91]

Take for example, the Australian constitutional cases I mentioned. In one of these, *Vanderstock v Victoria*, which concerned the meaning of 'duty of excise', Justice Jagot noted

> Judicial decisionmaking is bound to its one location along the temporal continuum... Judicial decisionmaking must confront the law as it is, not as it was.[92]

Working with the law in any form – in practice, in the legislature, in the administrative office, in the courtroom requires engaging with law in its 'one location' at a point of time. The law is not just the rules that channel but also where authority comes from, how trouble cases are dealt with, and what is the nature of a legal culture. That is a lot to be expert in.[93]

3. The Levels of the Law

So now to the final step in my analysis – to consider the levels of the law. There are many stories and many law-jobs. The universal logic of problem – cause – solution where the solution is derived from a higher law is inadequate to make sense of the 'levels of the law'. It does not provide a reliable and straightforward understanding of all these laws and the relationship between them. A bigger picture is required. Let me sketch three dimensions of that picture.

The first is that as collective action problems, environmental problems require legal responses. Most democracies like Chile commit to environmental protection. It is the law that provides the stable frameworks that can address the complexity of that commitment in line with the deeper commitments of a legal culture. In light of the type of disputes seen in relation to East Oxford LTNs, there can be a temptation to see environmental issues as political issues and thus not for law. But

90 Ibid 566.

91 Consider Preston's arguments about climate conscious lawyering - Brian Preston, 'Climate Conscious Lawyering' (2021) 95 ALJ 51.

92 *Vanderstock v Victoria* (n 76) [843].

93 Preston (n 103).

the word 'political' is often used in such contexts without much definition except that it is something that is not legal.

My discussion of law-jobs above illustrates the many important roles for law. Fundamental to all these law-jobs is language. You may be wondering why I am quoting a lot of poets, novelists, and writers in this lecture. It is not just to make a boring topic sound more interesting. For writers, words matter. As the late Ursula Le Guin notes:

> As a writer, you want the language to be genuinely significant and mean exactly what it says. That's why the language of politicians, which is empty of everything but rather brutal signals, is something a writer has to get as far away from as possible.[94]

Lawyers, not only want language to be 'genuinely significant' but know it is. Define an environmental right differently and it will have different consequences.[95] Provide different definitions for 'guidelines and policies to ensure environment protection'[96] or what are 'the direct and indirect significant effects of the proposed development'[97] and the same is true. Consider Le Guin's statement with the word writer replaced with lawyer:

> As a [lawyer], you want the language to be genuinely significant and mean exactly what it says. That's why the language of politicians, which is empty of everything but rather brutal signals, is something a [lawyer] has to get as far away from as possible.[98]

The work of lawyers is work with words that matter. That frame the world and direct action in relation to it. My pointing to the vagueness of the word 'political' is not just pedantry on my part – the poor use of that word can have real world implications.

---

94 Quoted in Jonathan White, *Talking on Water: Conversations About Nature and Creativity* (Trinity University Press, San Antonio, 2016) 106.

95 Eg *Neubauer and others v Germany*, Case No. BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20 and *The State of the Netherlands v Urgenda Foundation*, ECLI:NL:HR:2019:2006.

96 *Bushfire Survivors for Climate Action Incorporated v Environment Protection Authority* 250 LGERA 1, [2021] NSWLEC 92.

97 *Finch On Behalf of the Weald Action Group, R (On the Application Of) v Surrey County Council & Ors* [2022] EWCA Civ 187 (currently on appeal).

98 (n 106).

The second dimension of the levels of the law that emerges from my discussion above is that environmental law is not just the province of 'higher law' – it cannot simply operate through international obligations, or constitutional rights, or a higher theory. It is operating through every level and facet of public law. This is not to say that higher levels do not have important role to play. Take international law. As noted in the request to the Inter American Court for an advisory opinion, international human rights are an 'unavoidable yardstick'.[99] These set 'guidelines'. They set 'parameters'. But international law can't easily channel. It can't easily deal with trouble cases. Its authority within a nation state is limited, even in those legal cultures that recognise its authority. Its juristic method and the expertise it requires does not easily operate at the local level. And so much of the work of environmental law is at the national and local level. This is not to say that the answers to our precarious predicament lie there. A set of bollards in East Oxford is not going to save the world. But knowing there is no single universal logic will.

The third and final dimension to note is the fundamental role of public law expertise for the success of environmental law. In discussing the role of law in relation to environmental law, I have been discussing public law – constitutional law, administrative law, public international law, human rights law, and the relationships between them. There is a lot of juristic method at work. Its detailed work. Its collective work. Its working in relation to precarious realities. It is work for all public lawyers.

In being so, it is work that requires public lawyers to evolve their legal imagination.[100] Legal imagination are the constructs that lawyers use to think about law and reason with law. Legal education is about fostering legal imagination. Legal imagination is embedded in juristic method. Lawyers are always using their legal imagination. The question is whether they are using it well.[101]

Pointing to the stories embedded in environmental problems and the many law-jobs involved in addressing such problems shows the need for public lawyers to evolve the mental constructs they deploy when thinking about the role of law in addressing environmental problems. Imagining environmental problems being

99 (n 11).

100 Elizabeth Fisher, 'Legal Imagination and European Union Environmental Law' in Paul Craig and Grainne de Burca (eds) *The Evolution of European Union Law* (3rd ed, OUP, Oxford, 2021).

101 For different discussions of this see Elizabeth Fisher, Eloise Scotford and Emily Barritt, 'The Legally Disruptive Nature of Climate Change' (2017) 80 MLR 173 and Elizabeth Fisher, '"Going Backward, Looking Forward": An Essay on How to Think About Law Reform in Ecologically Precarious Times' (2020) 30 NZULR 111.

addressed through a universal logic of problem-cause-solution is hampering the legal imagination of public lawyers.

4. Conclusion

For those who want simple solutions the above will frustrate. I have replaced the universal logic of the globe with many stories and many jobs for law to do. But I hope it will also inspire. Seeing that the 'levels of environmental law' require an important role for public law and legal expertise in many different legal planes, opens up possibilities for constructive ways forward. To use the words of the American essayist Wendell Berry it highlights the 'imaginative sufficiency' of the local.[102] There is much to learn from taking the legal experiences in different legal cultures seriously. Or to put the point differently, from relating Chile to other places, including East Oxford.

Thus let me end on this. In this lecture I have quoted from both Gabriela Mistral and Ursula Le Guin. Le Guin was one of the few translators of Mistral into English. She writes of discovering Mistral and that Mistral 'was a whole world to discover, a wild terrain, a new language'.[103] In preparing for this lecture I found that the environmental laws of Chile are also a 'whole world to discover' and one to learn from so as to foster my expertise. Let me end with the closing from Le Guin's poem, 'For Gabriela Mistral'

> If I walk all the way, my poet
> If I can walk all the way,
> I will come to you.
> And I will speak your language.[104]

102 Quoted in Amanda Petrusich, 'Going Home With Wendell Berry' (New Yorker, 14 July 2019) https://www.newyorker.com/culture/the-new-yorker-interview/going-home-with-wendell-berry accessed 16 August 2023. See also Wendell Berry, 'Imagination in Place' in Jack Shoemaker (ed) *Wendell Berry Essays 1993-2017* (The Library of America, New York, 2019) 471-2.

103 *Selected Poems of Gabriela Mistral* (n 21) xix.

104 Harold Bloom (ed) *Ursula K. Le Guin, Collected Poems* (Library of America, New York, 2023) 324.