ACTUALIDAD JURÍDICA

Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo

Año xxiv, N° 47 – enero 2023

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

Actualidad Jurídica
es una publicación semestral de la Facultad de Derecho
de la Universidad del Desarrollo

ISSN 0717-5914

Director
Gonzalo Rioseco Martínez

Secretario de Redacción
José Riquelme González

Asistente de Redacción
Gabriela Rodríguez Stehn

Consejo Editorial

Hugo Rosende Álvarez
Jorge Ogalde Muñoz
Bruno Caprile Biermann
Sergio Verdugo Ramírez
José Manuel Díaz de Valdés Julia
Julio Alvear Téllez
Camila Boettiger Philipps
Cecilia Alcalde Prieto
Raúl Campusano Droguett
Eduardo Andrades Rivas

Representante Legal
Federico Valdés Lafontaine

Los juicios vertidos por los autores en sus artículos no representan necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista, así como sus referencias bibliográficas

Ediciones Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo,
Las Condes. Santiago de Chile

Impresión
Versión, Producciones Gráficas Limitada

ÍNDICE DE CONTENIDOS

- Presentación 7

I. Tema central: medioambiente y recursos naturales

- Derechos de la naturaleza: antecedentes, expresiones, y desafíos (Raúl Campusano) 13
- El medioambiente en la propuesta de Constitución de la Convención Constitucional (José Manuel Díaz de Valdés) 41
- Humedales urbanos y congruencia procedimental: apuntes para su adecuada comprensión (Edesio Carrasco y Maximiliano Alfaro) 61
- Derecho forestal y la regulación ambiental de los bosques (Felipe Leiva y Soledad Traub) 89
- Residuos y cambio climático: mecanismos para una gestión integrada (Claudia Alfaro y Robert Currie) 113
- Concesiones sanitarias: cómo se insertan en el actual modelo de gestión colectiva de las aguas (Natalia Dasencich) 151
- Transición energética y regulación eléctrica: algunas ideas sobre flexibilidad y descentralización (Daniel Gutiérrez) 169
- Limitaciones o restricciones cuantitativas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas (Camila Boettiger) 193
- La consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y su estado actual (Marcelo Sandoval) 219

II. Estudios y ensayos

- Referéndum y procesos constituyentes: ¿extorsión electoral o veto ciudadano? (Sergio Verdugo) 245
- Una crítica a la "nueva" generación de "derechos humanos": ¿son derechos?, ¿son humanos? (Julio Alvear) 277
- ¿Hacia un reconocimiento normativo constitucional expreso de las competencias sancionadoras administrativas? (Nicolás Enteiche) 315
- Ley n.º 21130 y la modernización de la legislación bancaria chilena: elementos clave (Javier Edwards) 335
- La debida diligencia corporativa y los derechos humanos: un análisis desde el derecho comparado (Daniel Uribe, Pablo Alarcón y Pamela Aguirre) 355
- El concepto de sucess of the company y los intereses de los *stakeholders*, en la sección 172 (1) de la UK Companies Act 2006 (Matías Pascuali) 375
- Consideraciones sobre el consumo de drogas dentro del horario de trabajo (Sergio Fuica) 391

• Contratos atípicos o innominados. Clases y regulación (Joel González) 411
• El abandono de la querella. Repensando los efectos de la sanción procesal a la luz de la garantía de protección que asiste a la víctima (Fernando Sariego y Nathalia Vargas) ... 431
• Repensando el republicanismo y el nacionalismo como paradigmas del estado democrático: el caso de Chile (Mª Alejandra Rivera y Eduardo Rivera) 463

III. Comentarios de jurisprudencia

• La cesación de pagos como presupuesto esencial de la acción concursal de liquidación voluntaria (Elisa Elgueta) 495

IV. Libros, resúmenes y recensiones

• Índice *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n.° 21, Universidad del Desarrollo, octubre de 2022 505
• Índice revista *Ius Publicum*, Universidad Santo Tomás, n.° 49/ septiembre 2022 507

PRESENTACIÓN

El desafío central del siglo XXI es inequívoco: el cambio climático. Este fenómeno es provocado mayoritariamente por la acción humana y sus efectos nocivos como el aumento de la temperatura del planeta, de los océanos; periodos de sequía mayores, aumento del nivel del mar y fenómenos migratorios impulsados por las dificultades que presentan las altas temperaturas.

El Banco Mundial en su reporte C*limate Risk Profile: Chile (2021)* fue categórico al señalar que nuestro país es altamente vulnerable a los efectos del cambio climático por el impacto en sectores fundamentales de nuestra economía tales como: la industria pesquera, de acuicultura, forestal, agricultura y respecto de nuestros recursos hídricos.

Por supuesto, como todo desafío complejo requiere de soluciones bien pensadas, necesita reflexión y actuar con sentido de urgencia sin ceder a impulsos desprolijos que puedan descuidar aristas relevantes. La técnica jurídica no puede descuidarse y el objetivo debe ser la formulación de políticas públicas que propendan a un desarrollo sustentable.

Para abordar estos debates desde una perspectiva amplia es que decidimos enfocar este nuevo número de *Actualidad Jurídica* en el medioambiente y los recursos naturales. Ese es nuestro Tema Central que es desarrollado mediante nueve publicaciones novedosas que nos invitan a la reflexión.

A propósito del momento constituyente que nuestro país vive, en el contexto del funcionamiento de la Convención Constituyente hubo iniciativas en materia ambiental contenidas en la propuesta de Constitución que luego fue ampliamente rechazada en el plebiscito del 4 de septiembre pasado, las que, sin embargo, abren un espacio para un debate interesante. El profesor Raúl Campusano, quien de forma ininterrumpida ha publicado en cada edición de nuestra revista, aborda la discusión respecto de los derechos de la naturaleza. Nos invita a pensar sobre la idea teórica y filosófica de estos, sobre la personalidad y representación de la naturaleza y la posibilidad de interpretarla.

Por otra parte, José Manuel Díaz de Valdés revisa los contenidos de la Constitución propuesta y el cambio de paradigma que esta contenía. Qué alcances implicaba la proclamación de nuestro país como un Estado ecológico, una democracia ambiental y los derechos de las personas en esta nueva configuración.

En el ámbito legal, Edesio Carrasco y Maximiliano Alfaro analizan el procedimiento de declaratoria de humedales urbanos dispuesto en la ley sobre

estos, promulgada en enero de 2020 y su respectivo reglamento, para así plantear una crítica a lo que señalan como una falta de congruencia administrativa y los efectos que esto genera.

Respecto al derecho forestal, Felipe Leiva y Soledad Traub abordan la relación entre esta rama del derecho y el derecho ambiental. Describen la institucionalidad respectiva y su regulación jurídica, relevando la importancia de esta industria para el país, pero concluyendo que la normativa forestal ofrece una protección que no logra mitigar de forma suficiente los impactos que se generan producto de la explotación de recursos forestales.

Robert Currie y Claudia Alfaro se enfocan en dos leyes: la Ley n.° 20920 y la Ley n.° 21455. La primera, conocida como Ley REP (Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje); la segunda, Ley Marco de Cambio Climático. Ambas buscan fortalecer la institucionalidad ambiental chilena, introduciendo conceptos como la economía circular, la gestión de residuos y la gestión del cambio climático. Todo encaminado en alcanzar la meta de carbono neutralidad. Así, en su trabajo describen la relación entre residuos y el cambio climático, el manejo de residuos en Chile y los esfuerzos regulatorios al respecto, para luego identificar y describir los instrumentos que estas dos leyes ofrecen.

En cuanto a concesiones sanitarias, Natalia Dasencich analiza la relación entre estas concesiones y la gestión colectiva de las aguas, señalando el régimen regulatorio y sus atributos, para después desarrollar los efectos que producen en el resto de los usuarios. Aborda, también, la redistribución que realizan las Juntas de Vigilancia y nos invita a reflexionar la idea de posibles cambios estructurales en el sistema de concesiones que conlleven un uso equitativo de los recursos naturales.

Daniel Gutiérrez examina la transición energética y la regulación eléctrica. Señala que, para cumplir metas medioambientales urgentes, es necesario flexibilizar y descentralizar el régimen actual.

En aquello que concierne al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, Camila Boettiger explica en qué consisten y los desarrolla con prolijo detalle, examinando el nuevo C*ódigo de Aguas* para encontrar desafíos pendientes, como la sistematización de las medidas que tiene la autoridad para restringir el volumen que los titulares de los derechos de aprovechamiento pueden utilizar.

Para cerrar nuestro Tema Central, Marcelo Sandoval escribe sobre la consulta de pertinencia de ingreso en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA). Luego de un trabajo exhaustivo concluye que esta no tiene un efecto útil de carácter irrefutable, lo que conlleva a preguntar de los reales beneficios de esta institución, porque, además, si se desarrolla una actividad sin ingresar al SEIA existe el riesgo de una fuerte infracción.

Nuestra tradicional sección de artículos misceláneos comienza con un trabajo de Sergio Verdugo, a propósito del hito más relevante en el ámbito jurídico y político del año 2022: el plebiscito de salida votado el 4 de septiembre.

Releva la importancia democrática del referéndum porque estimuló a los constituyentes a apuntar hacia el votante mediano y sostiene que el problema de la Convención Constitucional se puede encontrar en el reglamento de esta por cuanto impedía la revisión de propuestas más cercanas con las preferencias de la ciudadanía. El voto ciudadano entonces, se convierte en un contrapeso al trabajo de la Convención, lo que justifica su existencia.

Julio Alvear postula una crítica a lo que se ha denominado nueva generación de derechos humanos y señala que una filosofía deshumanizadora inspira a los denominados derechos de identidad individual y de identidad cultural y una categorización errónea que los ha situado dentro de la lógica de la no discriminación.

Siguiendo en el contexto del momento de discusión constitucional que nuestro país vive, Nicolás Enteiche contrasta la propuesta de la Constitución de 2022, respecto de las atribuciones sancionadoras administrativas con las normas nacionales y de derecho comparado. Así, plantea críticas al diseño propuesto por una falta de armonía con otro tipo de sanciones y plantea que, en lugar de establecer normas de este tipo en la Constitución, resultaría mejor discutir la creación de una ley general y supletoria.

Esta sección miscelánea nos ha permitido abarcar materias diversas. Así, por ejemplo, la revista continúa con el trabajo de Javier Edwards, quien escribe sobre los principales aspectos de la ley que modernizó la Ley General de Bancos, respecto de la consolidación de la institucionalidad económica en un órgano colegiado, la Comisión para el Mercado Financiero y las nuevas facultades que se incorporan en esta ley para que la legislación bancaria esté en línea con estándares internacionales que consisten en una medida común para cuantificar los riesgos bancarios y compararlos, conocidos como Basilea III.

En otros temas, Pablo Alarcón, Pamela Aguirre y Daniel Uribe publican un trabajo relativo a la debida diligencia corporativa y los derechos humanos, sobre la base de una comparación con legislaciones extranjeras, con especial atención al escenario en América Latina. Dicho artículo revisa los principios y estándares que integran esta debida diligencia.

Matías Pascuali analiza la section 172 Companies Act del Reino Unido. Plantea que la relevancia de la norma se basa en su vinculación con determinar qué se entenderá por interés social y lo que señala como una dicotomía entre *shareholder value* y *stakeholder value*.

Sergio Fuica aborda la problemática del consumo de drogas durante la jornada laboral, señalando que carece de un tratamiento sistemático en el país. Sostiene dicha idea luego de referirse a distintos aspectos como la hipótesis de

ocurrencia y la generación de obligaciones para el empleador y posibles sanciones a su acción u omisión.

Luego, en cuanto a contratos atípicos, Joel González dedica sus letras a señalar los diferentes tipos de contratos innominados y cuál es su regulación, en un mundo moderno y rápido en el que estos acuerdos de voluntad entre dos o más partes ya no son excepcionales, sino más bien, cada vez más frecuentes, todo lo cual explica la relevancia de conocer las diferentes clases de contratos y su legislación respectiva.

En cuanto a derecho procesal, Fernando Sariego y Nathalia Vargas llevan a cabo un análisis crítico respecto de lo que sostienen como una inconveniencia de otorgar una hermenéutica amplia al uso de la sanción de abandono de la querella y su correlativo efecto para el caso en que el ofendido figure como querellante.

Luego, María Alejandra Rivera y Eduardo Rivera invitan al lector a reflexionar sobre el republicanismo y el nacionalismo, dos modelos distintos que, sin embargo, están profundamente entrelazados entre sí.

Para terminar esta edición número cuarenta y siete contamos con un meticuloso trabajo de análisis jurisprudencial de parte de Elisa Elgueta, quien analiza una sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel respecto a las exigencias establecidas en la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, para iniciar un procedimiento de liquidación voluntaria, desarrollando en particular el cumplimiento de la relación con juicios pendientes a que se refiere el numeral 3 del artículo 115 de la ley señalada.

EL DIRECTOR

TEMA CENTRAL

"Medioambiente y recursos naturales"

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHOS DE LA NATURALEZA: ANTECEDENTES, EXPRESIONES Y DESAFÍOS

NATURE RIGHTS: BACKGROUND, EXPRESSIONS, AND CHALLENGES

Raúl F. Campusano Droguett[*]

Resumen: El texto presenta una reflexión sobre la idea teórica y filosófica de derechos de la naturaleza y su posible traslado al campo del derecho. Así, se identifican algunos de los autores que trabajaron el tema de derechos de la naturaleza y sus propuestas. A continuación, aborda el tema de la personalidad y el de la representación. Luego identifica algunas expresiones de esta idea en textos legales de distinto rango jerárquico. Finalmente, hace una reflexión sobre la posibilidad o imposibilidad de interpretar a la naturaleza.

Palabras claves: derecho, naturaleza, ecología, ambiental.

Abstract: The article presents a reflection on the theoretical and philosophical idea of rights of nature and its possible transfer to the field of law. Thus, some of the authors who have worked on the subject of rights of nature and their proposals are identified. Next, the subject of personality and that of representation is addressed. Then, some expressions of this idea in legal texts of different hierarchical rank are identified. Finally, a reflection is made on the possibility or impossibility of interpreting nature.

Keywords: Law, nature, ecology, environment.

[*] Profesor titular de la Universidad del Desarrollo. Director de Posgrados Derecho UDD. Director académico del Programa de Magister en Derecho Ambiental UDD. Abogado de la Universidad de Chile. Master en Derecho de la Universidad de Leiden, Países Bajos. Master of Arts en Estudios sobre la Paz Internacional de la Universidad de Notre Dame, Estados Unidos. Correo electrónico: rcampusano@udd.cl El autor desea hacer reconocimiento Edgardo Araneda, graduado del Programa de Magister en Derecho Ambiental UDD, por su colaboración en reunir información para este artículo.

Introducción

¿Tiene la naturaleza derechos? ¿En qué se traducen estos derechos? ¿Puede llevarse esta reflexión ética y filosófica al campo del derecho? Y si así fuera, ¿cómo podría resolverse la pregunta de la naturaleza jurídica de la naturaleza y su representación? Estas son las preguntas y tensiones que *surgen de inmediato al reflexionar sobre derechos de la naturaleza. En los apuntes que siguen se intentará hacer una presentación de las principales ideas y sus proponentes, para luego señalar algunos desafíos e identificar algunas manifestaciones en textos legales y una reflexión de sentido y alcance.

Los derechos de la naturaleza pueden entenderse como expresión de voluntad de un sector del movimiento ecologista que busca avanzar en la protección y promoción del ambiente a través de otorgarle derechos a la naturaleza. Sin embargo, ese resultado no es evidente y eso explica que la propuesta no sea ampliamente aceptada una vez que sale de la esfera de la teoría filosófica y se acerca al derecho. En efecto, en el ámbito del derecho la idea de derechos de la naturaleza presenta dos temas centrales que deben ser abordados y resueltos: el de la naturaleza jurídica (esto es, que tipo de persona o sujeto de derecho sería la naturaleza) y el de la representación (esto es, quién habla en nombre de la naturaleza, quién expresa su voluntad). Ambos son complejos y pueden derivar en resultados que sus proponentes no imaginan y no desean.

I. Teorías y autores

Según observa el filósofo estadounidense Holmes Rolston III, el concepto de derechos que ha funcionado bien para proteger la dignidad humana, siendo un sello distintivo del progreso cultural reciente, resulta problemático cuando se utiliza para proteger el mundo biológico[1]. Así, se observa una crisis de paradigma en la ética que se produce por la crisis ecológica en el entorno[2]. La visión antropocéntrica estructuró los marcos legales que regulan el manejo y uso de los recursos naturales como un ente de aprovechamiento, basando su utilidad tanto en beneficio social como económico para el ser humano[3]. Lo anterior, dado que históricamente en los sistemas legales, en particular aquellos con influencia del derecho romano, el ser humano se ha situado en el punto más alto en la jerarquía de derechos agrupando todo lo demás en la categoría objetos de derecho. Además, se ha declarado propietario de todos

[1] Rolston III (1993), p. 256.
[2] *Ibid*.
[3] Macpherson (2020), p. 82.

los espacios existentes en la tierra, el mar, el aire y el universo[4]. La postura antropocéntrica, en consecuencia, proveyó una visión de la naturaleza separada del ser humano, que puede ser desmembrada en sus partes, ya que es una colección de entidades y flujos, y cuyos recursos deben ser aprovechados para alimentar el crecimiento económico[5]. No obstante, en tiempos recientes se están levantando algunas voces que desde la filosofía y la teoría política proponen una comprensión alternativa, una dirigida hacia el establecimiento de un nuevo contrato social, una que reconoce derechos a la naturaleza[6].

El movimiento ecológico ha observado que la cultura permanece atada al biosistema/ecosistema y que las opciones que brindan los entornos construidos, por numerosas que sean, no nos separan de la naturaleza[7]. En efecto, ninguna cultura se desarrolla en forma independiente del entorno al que se superpone. Las culturas se entrelazan con sus paisajes, y los bienes de la cultura a menudo requieren la conservación de los bienes naturales para sustentar y enriquecer la vida[8]. Es en este contexto, que el propuesto 'derecho de la naturaleza' es un derecho dentro de la cultura, pero su ambición es mayor a las preocupaciones históricas del mismo. De acuerdo con la historiografía convencional, los derechos son una construcción occidental y centrados en el individuo: "los derechos se conciben típicamente como poseídos o poseídos por o pertenecientes a individuos [...]", como expresó el filósofo del derecho Herbert Lionel Adolphus Hart[9].

Según Erin O'Donnell, la composición y traducción del ambiente en un objeto legal mediante la creación de reglas legales que controlan las actividades, mejoró la capacidad de la ley para proteger el ambiente. Sin embargo, esta traducción resultó en una forma de legibilidad incompleta, con una serie de temas no resueltos[10]. Desde una perspectiva histórica, pensando en la aproximación del derecho hacia la naturaleza, las leyes solo pudieron ver el entorno de modo oblicuo. ¿Cuáles fueron algunos de los puntos que la mirada del derecho estaba dando cuenta en forma insuficiente? Erin O' Donnell da algunas pistas:

---

[4] Macpherson (2020), p. 82.

[5] Gudynas (2011), p. 283.

[6] *Ibid*.

[7] Rolston III (1993), p. 259. La opinión de este autor se funda en que los seres humanos dependen: del flujo de aire, los ciclos del agua, la luz solar, la fotosíntesis, la fijación de nitrógeno, las bacterias de descomposición, los hongos, la capa de ozono, las cadenas alimenticias, la polinización de insectos, los suelos, las lombrices de tierra, los climas, los océanos y los materiales genéticos. La ecología siempre está en el trasfondo de la cultura. Se requiere un poco de aptitud ambiental inclusiva, incluso, en la cultura más avanzada. Independientemente de cómo reconstruyamos nuestro entorno, los humanos siguen siendo residentes de un ecosistema.

[8] Rolston III (1993), p. 260.

[9] Hart (1955), p. 182.

[10] O'Donnell (2019), p. 21.

i) la ley es buena para ver lo especial y lo icónico, y puede identificar y proteger fácilmente lugares de valor icónico en la naturaleza; sin embargo, de acuerdo con este autor, la protección del ambiente requiere que la ley lo vea y lo valore en su totalidad, no solo aquellos lugares o especies que se consideran valiosos;
ii) la ley se enfoca en acciones que logran un cambio específico medible en la calidad ambiental. No obstante, la ley en sí todavía encuentra difícil considerar el efecto de los impactos acumulativos en el ecosistema;
iii) la ley puede tener dificultades para identificar los efectos de las acciones continuas a medida que ellas mismas y su entorno están en todo momento cambiando[11].

Desde una perspectiva más radical, el profesor de derecho ambiental de la Universidad de Upsala (Suecia), Staffan Westerlund (1942-2012), ha manifestado que el derecho ambiental no ha logrado nada muy significativo para la sustentabilidad ecológica[12]. Aun cuando reconoce el paradigma ambiental del desarrollo sostenible como un problema científico-jurídico central, cree que la degradación en curso de la biósfera, como lo demuestra el crecimiento de la población humana, la disminución de la biodiversidad y el hecho de que ningún sistema nacional de control ha logrado una sostenibilidad ecológica legalmente asegurada y además, que el sistema legal internacional es hasta hora insuficiente[13]. Aún más, señala que la legislación ambiental ha sido reactiva y no relacionada con problemas de sustentabilidad. Según el autor, el derecho ambiental en general se aborda como si fuera una especie de derecho tradicional (procesal, público, privado, penal, internacional, etcétera)[14].

Derecho, desde el humano hacia el de la naturaleza

Desde al menos el siglo XVIII, la filosofía, la política y la práctica jurídica europeas han experimentado varios cambios significativos en términos de derechos y obligaciones[15]. Según Daniel Corrigan y Markku Oksanen (2021), esto se ha vuelto tan dominante que es difícil imaginar cuán revolucionario ha sido. De hecho, las revoluciones francesa y estadounidense se ven como ejemplos paradigmáticos de la aplicación de los derechos humanos sobre la base de la pertenencia a la especie humana únicamente, sin consideración de clase social,

[11] O'Donnell (2019), p. 21.
[12] Westerlund (2008), p. 49.
[13] *Ibid*.
[14] Westerlund (2008), p. 53.
[15] Tanasescu (2022), p. 10.

género, etnia, etc.[16]. La interpelación de la sociedad con inquietudes por la protección ambiental al derecho tiene larga data, más allá de que solo en los últimos años del siglo XX se fue materializando jurídica y socialmente. En efecto, según el historiador ambiental Roderick Nash, la primera mención explícita de los derechos de la naturaleza se puede encontrar en un pasaje de John Muir[17]. En 1867, John Muir, el autor estadounidense nacido en Escocia y uno de los primeros ecologistas, escribió lo siguiente:

> "¡Qué estrechas somos en nuestras simpatías las criaturas egoístas y engreídas! ¡Qué ciego a los derechos de todo el resto de la creación! ¡Con qué lúgubre irreverencia hablamos de nuestros congéneres mortales!"[18].

Aldo Leopold, autor de *A Sand County Almanac and sketches here and there* (1949), también aborda el lenguaje de los derechos. Según él, las especies tienen un "derecho biótico" a la existencia que es independiente de su valor económico o "desvalor"[19]. Por lo tanto,

> "una ética de la tierra, por supuesto, no puede impedir la alteración, el manejo y el uso de estos 'recursos', pero afirma su derecho a una existencia continua en un estado natural"[20].

En 1923 el filósofo y médico alemán Albert Schweitzer (1875-1965) hacía la siguiente reflexión:

> "Es también la disposición a la reverencia por la vida lo único que es capaz de crear una nueva conciencia de la ley. La miseria reinante en nuestra condición política y social se debe en gran parte a que ni los juristas ni los laicos tienen en su mente una concepción viva y directa del derecho. Durante la era del pensamiento racional se buscó tal concepto y se hizo un esfuerzo por establecer leyes fundamentales que se consideraban dadas en la naturaleza del hombre y lograr que fueran reconocidas en general. Más tarde, sin embargo, se abandonó este empeño y las leyes aprobadas en fechas definidas desplazaron a la ley natural. Finalmente llegamos a la etapa de estar satisfechos con la ley puramente técnica. Este fue el intermezzo que siguió al período del pensamiento racional en la esfera del derecho. [...]. Lo único que queda por hacer, entonces, es hacer una nueva conexión

[16] Tanasescu (2022), p. 10.
[17] Corrigan and Oksanen (2021), p. 1; Nash (1989).
[18] Muir (1916), pp. 98-99.
[19] Leopold (1968), p. 211.
[20] Leopold (1968), p. 204.

> también en la esfera del derecho, en el punto donde se rompió el hilo del pensamiento racional del siglo XVIII. Debemos buscar una concepción del derecho que se base en una idea que crezca directa e independientemente de una visión del mundo. [...] Los juristas han dejado arruinar el derecho y el sentimiento del derecho. No pudieron evitarlo, sin embargo, porque no había ninguna idea provista por el pensamiento de la época a la que pudiera haberse anclado una concepción viva del derecho. En ausencia total de una visión del mundo, el derecho se derrumbó por completo, y solo a partir de una nueva visión del mundo puede reconstruirse. Es de una idea fundamental sobre nuestra relación con todo lo que vive, como tal, que debe fluir en el futuro, como de un manantial que nunca puede secarse y nunca convertirse en un pantano. Esa primavera es reverencia por la vida. El derecho y la ética brotan juntos de una misma idea. La ley es tanto el principio del respeto a la vida como puede incorporarse en un código externo; la ética es lo que no puede ser tan encarnado. El fundamento del derecho es la humanidad. Es una locura querer poner fuera de acción los vínculos entre la ley y la visión del mundo[...]"[21].

También lo hace la bióloga Rachel Carson (1907-1964), quien en distintos párrafos de su *libro Primavera silenciosa* (1962), aborda las relaciones entre el derecho, la ciudadanía y el ambiente[22]. También cuando refiriéndose a la Carta de Derechos de Estados Unidos, esto es, las diez primeras enmiendas a la constitución de dicho país, señala que a pesar de la sabiduría y previsión de los antepasados, en ella no podía concebirse el problema de contener una garantía de que un ciudadano será protegido contra venenos letales distribuidos ya sea por personas particulares, ya sea por funcionarios públicos, pero ahora es distinto[23].

Asimismo, Thomas Berry y otros defensores de la Jurisprudencia de la Tierra afirman que, a pesar del trabajo del derecho ambiental tradicional para proteger múltiples aspectos del mundo natural (la pureza del aire, la limpieza del agua o las áreas protegidas), la mayoría de las leyes ambientales solo influyen en un rango acotado en el sistema cultural y legal, que es prodesarrollo y procrecimiento. Las leyes no desafían la cultura sistémica subyacente del "agotamiento completo" de la Tierra por parte de los humanos; de hecho, son favorables a ella. Así, postula una jurisprudencia de la Tierra que repiense el lugar de la humanidad en el mundo, inspirándose en la historia y los orígenes del universo, y tomando conciencia del lugar del ser humano dentro de este todo como uno de

[21] Schweitzer (2009), Prefacio. La primera edición del libro es del año 1923.
[22] Carson (2016).
[23] *Ibid*.

los muchos miembros interconectados de la comunidad de la Tierra[24]. Luego, sugiere que "nuestro gran trabajo" es transformar los sistemas de gobernanza, que actualmente favorecen la destrucción del mundo natural, para que sea posible vivir en armonía y con poder en la Tierra. Al respecto, en su libro *Evening Thoughts: Reflecting on Earth as a Sacred Community*, expresa lo siguiente:

> "[…] Hago el siguiente conjunto de proposiciones expresadas en términos de derechos que deben ser reconocidos en las constituciones nacionales y en los tribunales de justicia. […] Propongo que reconozcamos y aceptemos las siguientes declaraciones sobre el origen y la naturaleza de los derechos del mundo natural:
>
> 1. El mundo natural en el planeta Tierra tiene derechos que acompañan a su propia existencia. Estos derechos provienen de la misma fuente que los derechos humanos: del universo que los engendró.
> 2. Cada componente de la comunidad de la Tierra tiene tres derechos: el derecho a existir, el derecho al hábitat y el derecho a cumplir su papel en los procesos constantemente renovados de la comunidad de la Tierra.
> 3. En el mundo no vivo, los derechos se otorgan según el rol; en el mundo vivo humano dependen de la especie. Todos los derechos son limitados. Los ríos tienen derechos de río. Las aves tienen derechos de aves. Los insectos tienen derechos de insectos. Los seres humanos tenemos derechos humanos. La diferencia humana es cualitativa y no cuantitativa. Los derechos de un insecto no tendrían ningún valor para un árbol o un pez.
> 4. El ser humano no puede privar a otros modos de ser de su derecho a existir en su estado natural. Los derechos de propiedad son derechos que no son absolutos. No son más que una relación específica entre un propietario humano y un activo particular para que ambos puedan cumplir su papel en la Comunidad Mayor de existencia.
> 5. Dado que las especies sólo existen como individuos, los derechos se refieren a los individuos y los grupos que forman, no a las especies en general.
> 6. Los derechos aquí presentados se basan en las relaciones intrínsecas que los diferentes elementos de la Tierra tienen entre sí. El planeta Tierra forma una comunidad única cuyos miembros están vinculados por relaciones de interdependencia. Ningún ser vivo se alimenta a

[24] Con el término "comunidad de la Tierra", Thomas Berry se refiere a todos los seres humanos y todas las formas "diferentes a las humanas" que viven en el planeta, incluidos los animales, las plantas, los ríos, las montañas, las rocas y la atmósfera: nuestra Tierra como un todo También reconocen la influencia decisiva de las culturas indígenas y las sabidurías locales. Instan a las sociedades industriales a aprender de las culturas históricas y contemporáneas centradas en la Tierra.

> sí mismo. La supervivencia de cada miembro de la comunidad de la Tierra depende inmediata o mediatamente de todos los demás miembros de la comunidad. Esta reciprocidad, que incluye las relaciones depredador-presa, es parte integral del papel que cada componente de la Tierra tiene dentro de la comunidad global de existencia"[25].

Christopher Stone

El reconocimiento de los derechos a la naturaleza tuvo que transitar algo más de un siglo: desde un requerimiento de protección ambiental al derecho tradicional hasta uno que se focaliza en el derecho de la naturaleza de modo explícito. El primer académico que se planteó la cuestión de que debería reconocer a la naturaleza el derecho a presentarse en los tribunales fue el Christopher Stone (1937-2021)[26], profesor de la Universidad del Sur de California, quien en 1972 escribió su famoso ensayo: "¿Should Trees Have Standing?-Towards Legal Rights for Natural Objects"[27, 28]. En su etapa legal

[25] Berry (2010), pp. 10-11.

[26] El jurista suizo Jörg Leimbacher denomina y considera a Christopher Stone el "padre de los derechos de la naturaleza" [Acosta (2010), p. 13].

[27] Stone (1972), pp. 450-501. Algunas premisas del ensayo de Christopher Stone fueron las siguientes: "el Sierra Club había tratado recientemente de demandar a Walt Disney Enterprises para evitar la construcción de una estación de esquí en Mineral King Valley (en las montañas de Sierra Nevada). La Corte de Apelaciones de los EE. UU. en California respondió, señalando que el Sierra Club en sí no había sido perjudicado por el proyecto y, como resultado, no tenía derecho a comparecer ante los tribunales para entablar una demanda contra la corporación. En respuesta a la decisión del tribunal, el ensayo de Stone expuso un sólido conjunto de razones por las que el sistema legal debería reconocer el derecho de la naturaleza a comparecer ante los tribunales: para evitar casos como este en los que ni los grupos ambientalistas ni la naturaleza misma podrían ser defendidos contra daños en los tribunales. Introduce el tema al admitir que tal propuesta puede parecer 'aterradora o risible' al igual que cualquier intento previo de conferir derechos a otras entidades en el pasado. Hace poco más de un siglo, argumenta, la mayoría de los estadounidenses no se indignaron cuando un tribunal argumentó que a los negros se les negaban los derechos de ciudadanía porque constituían 'una clase de seres subordinados e inferiores, que habían sido subyugados por el poder dominante'. Raza' [3] o cuando otro respondía a la voluntad de una mujer de convertirse en abogada que 'la ley de la naturaleza destina y califica al sexo femenino para tener y criar a los hijos [...] y todas las vocaciones de toda la vida de las mujeres, incompatibles con estos deberes radicales y sagrados de su sexo, como es la profesión de la ley, son salidas del orden de la naturaleza'. Estas declaraciones sonarían escandalosas si se emplearan hoy en día, pero hubo un tiempo en que constituían jurisprudencia legal. Las mujeres, los esclavos o los afroamericanos alguna vez carecieron de derechos pero, como Stone reafirma, no es 'hasta que la cosa sin derechos recibe sus derechos, [... que podemos] verlo como algo que no sea una cosa para el uso de 'nosotros'– aquellos que son titulares de derechos en ese momento". Pecharroman (2018), p. 1.

[28] Según cuenta Christopher Stone, su primer tratamiento de la idea de los derechos de la naturaleza comenzó con un intento de llamar la atención en una conferencia a sus alumnos. Al

más temprana, hubo de partir del bosque californiano de los Sequoias, donde un proyecto corporativo buscaba convertir el hábitat de los árboles en un parque de diversiones, generando una situación de representación que lo llevó a sugerir la idea procesal de resolver el dilema, señalando que todo sería más fácil y directo si el elemento natural afectado pudiera ser representado por terceros en forma amplia. Su frase es conocida: ¿Deberían los árboles tener derecho a comparecer en juicio?[29]. En su artículo, argumentó que técnicamente no había barreras legales para otorgar derechos a la naturaleza puesto que otras entidades no humanas tienen derechos legales conferidos a ellas. Al respecto, señala que el mundo del abogado está poblado de titulares de derechos inanimados: fideicomisos, corporaciones, empresas, municipios, Estados-nación, barcos, etc.[30]. Escribió que la sociedad debería "otorgar derechos legales a los bosques, océanos, ríos y otros llamados 'objetos naturales' en el medio ambiente, de hecho, al ambiente natural como un todo"[31]. Anticipándose a la crítica respecto a que las entidades naturales no tienen voz, escribió:

> "No es la respuesta decir que los arroyos y los bosques no son legítimos contradictores porque dichos arroyos y bosques no pueden hablar. Las corporaciones tampoco pueden hablar, ni los estados, ni las fincas, ni los infantes, ni los incapaces legales, ni las municipalidades, ni las universidades. Los abogados hablan por ellos, así como lo hacen comúnmente por el ciudadano ordinario con problemas legales"[32].

Luego, anticipándose al contraargumento de que la naturaleza no puede comparecer ante un tribunal porque no es un ser, expresó que las corporaciones, municipios y otras entidades tienen derechos y pueden actuar en los tribunales en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que de la misma manera se le pueden reconocer ciertos derechos a la naturaleza y ser representados en los tribunales.

---

llegar al final de una conferencia sintió que sus alumnos: "'Entonces', me pregunté en voz alta, leyendo sus escepticismos vidriosos, '*¿cómo sería una conciencia impulsada por leyes radicalmente diferentes?* [...] Uno en el que la naturaleza tenía derechos, proporcioné mi propia respuesta. 'Sí, ríos, lagos, [...]' (entusiasmándose con la idea) 'árboles [...] animales [...]' (Puede que haya aventurado 'rocas'; no estoy seguro.) '¿Cómo afectaría tal postura en la ley a la visión que una comunidad tiene de sí misma?'". Stone (2010). Luego, estando tan sorprendido por su propio pensamiento como lo habían estado sus alumnos, lo redactó en el ahora clásico ensayo de 1972, ¿"Should Trees have Standing? – Hacia los Derechos Legales de los Objetos Naturales". Stone (1972), véase también en Tanasescu (2016), p. 75.

[29] Melo (2011), p. 124.

[30] Stone (1972), p. 307.

[31] *Ibid*.

[32] Stone (1972), p. 311.

A pesar de perder su caso ante la Corte Suprema, Sierra Club prevaleció en la opinión pública y el centro de entretenciones de Walt Disney no fue construido. Según observa David Boyd[33], el visionario artículo de Christopher Stone continúa siendo discutido en escuelas de derecho casi cincuenta años después. De hecho, años después, este académico publicó el tema en forma de libro. En esta línea de pensamiento, las discusiones legales han comenzado o, en algunos casos, han progresado ampliamente[34]. Por otro lado, hoy existen demandas que han sido planteadas a nombre de varios componentes de la naturaleza, incluyendo: una playa, especies raras de aves, delfines, salmones, un pantano, un monumento nacional, un río y, como anticipó Christopher Stone, un árbol[35]. En efecto, las sentencias judiciales ya han forjado una comprensión generosa del papel de la naturaleza en las actividades humanas y la necesidad de salvaguardarla. No hay problemas insuperables para rediseñar el sistema legal[36].

Godofredo Stutzin

Cuando, casi al mismo tiempo, Christopher estaba escribiendo su conocido ensayo legal en el hemisferio norte, en el hemisferio sur el abogado chileno de origen alemán Godofredo Stutzin (1917-2010), llamó a la reflexión ante la necesidad que él creía imperativa de establecer derechos a la naturaleza. Como señala el cientista político rumano, Mihnea Tanasescu, al escribir en español, el trabajo de Godofredo Stutzin tuvo menos recepción que el de Christopher Stone, porque el inglés se convirtió en el idioma dominante desde el siglo XX. El chileno ya escribía artículos en 1973 que reclamaban este tipo de derechos[37]. No obstante, sus argumentos eran como los de Christopher Stone, pero también contenían un énfasis diferente que continúa interpelando la teoría y la práctica de los derechos de la naturaleza en la actualidad[38].

> "Cada día se hace más evidente –escribió Godofredo Stutzin– que si queremos soluciones sostenibles y duraderas a los problemas ecológi-

[33] Boyd (2020), p. 117.

[34] La Follette and Maser (2017), p. 88.

[35] Boyd (2020), p. 117.

[36] La Follette and Maser (2017), p. 88.

[37] Tanasescu (2022).

[38] Para Mihnea Tanasescu, el esquema general de defensa y teoría del derecho de la naturaleza de Godofredo Stutzin es muy duradero y potente. Incluso, cree que la influencia del chileno sobre los derechos de la naturaleza, aunque mucho menos reconocida que la de Christopher Stone, hasta ahora ha sido más potente.

> cos que hemos creado, no podemos seguir ignorando la existencia de una naturaleza con sus propios intereses"[39].

Esto significa que los derechos de la naturaleza se formulan como reconocidos, no inventados ni otorgados por los humanos. El papel del ser humano aquí no es el de crear un mecanismo legal, sino el de usar mecanismos legales para traducir lo que ya es el caso. Como observó en un texto anterior[40], el ser humano representa un papel ambivalente en la cosmovisión de Godofredo Stutzin: por una parte, es un aspecto de la naturaleza, pero por la otra, es un elemento disociado de la naturaleza[41]:

> "No obstante ser producto y parte integrante de la naturaleza, el hombre se ha ido disociando de ella hasta el punto de convertirse en su enemigo, librando en contra de ella una guerra de agresión cada vez más intensa y extensa"[42].

Esta guerra de agresión, del ser humano contra la naturaleza pareciera ser, de acuerdo con el abogado chileno, una extensión de la agresividad humana contra sí mismo:

> "En gran parte, las armas que el hombre de nuestra era emplea en su guerra contra la naturaleza han sido forjadas en las guerras que ha librado consigo mismo; son un sub-producto de la agresividad humana intra-específica. Así la agresión a la naturaleza es, a la vez, consecuencia directa de la autoagresión del hombre y, por sus efectos en el medio humano, causa determinante de la misma"[43].

Desde la perspectiva de la relación tensada entre biósfera y tecnósfera, Godofredo Stutzin observa la conveniencia de darle a la naturaleza una especie de *locus standi* que le permita ser un actor y no solo un espacio en el que la disputa se desarrolla[44]. En palabras de Godofredo Stutzin:

> "La única manera de equilibrar la balanza y ponderar debidamente las necesidades de la biosfera frente a las pretensiones de la tecnósfera consiste en reconocer a la naturaleza como parte interesada en los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural"[45].

---

[39] Stutzin (1984), p. 97.
[40] Campusano (2018).
[41] Campusano (2018), p. 93.
[42] Stutzin (1984), p. 98.
[43] *Ibid.*
[44] Campusano (2018).
[45] Stutzin (1984), p. 97.

Según Serena Baldin, profesora italiana de derecho público comparado, en el

> "contexto del derecho ambiental chileno, Godofredo Stutzin, a fines de la década de 1970 publicó el ensayo 'La naturaleza de los derechos y los derechos de la naturaleza', donde afirma la necesidad de reconocer la naturaleza como parte integral de los conflictos ambientales, lo que le permite asumir directamente la defensa del ecosistema"[46].

De interés legalmente protegida, la naturaleza debe convertirse en un sujeto de interés legal protegido, que tenga las características de una persona jurídica, en el específico para una "base para la vida"[47].

Un cuádruple interés motiva esta defensa:

a) El interés material inmediato de proteger el ambiente humano actual contra la contaminación y el deterioro de sus elementos naturales;
b) El interés material mediato de resguardar este ambiente y sus recursos naturales en beneficio de las futuras generaciones humanas;
c) El interés inmaterial de conservar el mundo natural por razones afectivas (afinidad y amor), espirituales (goce estético y vivencia emotiva) e intelectuales (formación educativa y estudio científico) y
d) El interés moral de cuidar y defender las formas y condiciones de vida de la naturaleza en atención a su valor intrínseco[48].

Recientemente, Marcelo Castillo[49] ha expresado una posición contraria a otorgar derechos a la naturaleza. En efecto, señala que reconocer derechos a la naturaleza:

> "es un error jurídico de proporciones y una vanidad innecesaria, pues la naturaleza no es titular de derechos, ni puede ejercerlos frente al Estado o los tribunales, tratándose solo de una declaración retórica, jurídicamente infundada. La Naturaleza es un objeto de protección, pero no un sujeto titular de derechos"[50].

[46] Baldin (2014), p. 161.

[47] *Ibid*.

[48] Stutzin (1984), p. 100.

[49] Magister en Derecho Ambiental UDD, reconocido abogado ambientalista chileno, con libros publicados sobre derecho ambiental y una significativa carrera en materias de conservación de áreas, asesoría parlamentaria, litigación ambiental y especialista en derecho penal ambiental, representa vívidamente el debate existente entre abogados ambientalistas sobre este tema.

[50] Castillo (2022), p. 53.

II. Personalidad jurídica y representación

Personalidad jurídica

En las escuelas de derecho de todo el mundo y en particular en aquellas de países cuyos ordenamientos jurídicos son tributarios de la familia y tradición románica, la personalidad jurídica es monopolio de la persona humana. Solo los individuos de la especie humana son sujetos de derecho y, por tanto, gozan de todos los atributos de la personalidad y tienen todos los deberes propios de la misma. Una aparente excepción son las personas jurídicas, pero es un tema pacífico en doctrina que la situación de estas organizaciones deriva de una necesidad y conveniencia relacionada con el funcionamiento y la responsabilidad. Y todos entienden que se trata de una ficción jurídica, esto es, las sociedades en verdad no se las ve como personas, sino que se les da un tratamiento equivalente por razones pragmáticas de conveniencia. Y, aun así, se trata de una personalidad jurídica restringida y acotada a los fines que se buscan con esta ficción. Por ejemplo, las personas naturales pueden casarse, las personas jurídicas, no.

Entonces, surge la pregunta inicial sobre cuáles serían las razones por las que debiera otorgarse personalidad jurídica a la naturaleza y aquí es posible observar dos corrientes de pensamiento: una vinculada a cosmovisiones determinadas y la otra, motivada por consideraciones pragmáticas. Se puede llamar ideas ecoteológicas a las primeras. Se trata de una visión ideológica con una justificante ética, no muy lejana de la teoría ilustrada de los derechos humanos. En efecto, para la mirada europea de la ilustración, los derechos humanos son inherentes a la persona humana, existen con independencia del Estado, a quien solo le cabe reconocerlos. Los derechos humanos no son creados por el ser humano, sino que forman parte de la esencia inmutable de la persona humana. De la misma forma que en esta mirada europea ilustrada, los derechos de la naturaleza son inherentes a ella misma y al ser humano solo le cabe reconocerlos. Por supuesto, esta mirada ecoteológica presenta dificultades teóricas y prácticas, tal como también las presenta en el mundo contemporáneo, la teoría ilustrada de los derechos humanos. En este caso, se debió recurrir a justificantes metafísicas de diversos orígenes. Algunos lo encontraron en las religiones del libro y así se construyó una teoría basada en que el ser humano era creación divina de Dios y lo animaba un alma inmortal. En esta mirada, los derechos humanos son reflejo de esta naturaleza divina del ser humano como hijo de Dios. Algunas variantes de lo anterior se encuentran en diversos ejercicios escolásticos de conclusiones derivadas de razonamientos lógico-silogísticos. Otras variantes intentan encontrar estas señales y justificantes en la naturaleza. En su conjunto, se conocen como aproximaciones naturalistas a la justificación ontológica de los derechos humanos y se oponen a las aproxima-

ciones positivistas que ven en el Estado al constructor de los derechos que las personas pueden gozar. En lo que se refiere a la naturaleza, las aproximaciones ecoteológicas proponen entenderla como un ser en sí mismo. Por supuesto, hay numerosas variantes de esta idea, desde la interpretación, no compartida por su creador, de la hipótesis Gaia, a ciertas espiritualidades que valoran y veneran la naturaleza desde el animismo.

Para las concepciones ecoteológicas, con variantes, la naturaleza es, en verdad, un ser en sí mismo, una madre de todo lo que existe y que cuida y mantiene. Por tanto, es de toda lógica que sea considerada como un sujeto de derechos, esto es, que goce de personalidad jurídica.

Las variantes pragmáticas se encuentran representadas por aquellos que se aproximan al tema desde la idea de la representación. En esta mirada, no hay una concepción metafísica, sino que, más bien, la búsqueda de resolver un problema procesal. La propuesta de Christopher Stone ejemplifica muy bien, y en forma temprana, esta aproximación.

Representación

La naturaleza no se expresa de la manera que lo puede hacer un ser humano. Puede haber una multiplicidad de formas de interpretar lo que la naturaleza quiere, cuál es su voluntad, qué desea que los seres humanos hagan y no hagan. Esto lleva al problema de la representación. Todos pueden hablar en nombre de la naturaleza, interpretarla y señalar cuál es su voluntad y qué debe hacerse. Para ello, es posible hacer uso de: creencias, cosmovisiones, intuiciones, interpretaciones de textos y de la naturaleza misma, etc. Por supuesto, esto abre la posibilidad de interpretaciones, mensajes y mandatos diferentes, contradictorios e, incluso, encontrados. En la medida que se mantengan en el espacio de las creencias, todo ello es parte de la libertad propia de las sociedades libres y abiertas y de la libre expresión que las caracteriza. Cada cual atenderá estas propuestas de la manera que mejor estime. Sin embargo, otra cosa es si esta interpretación de la voluntad de la naturaleza tiene vocación normativa, ya que, en ese caso, quien represente a la naturaleza tendrá una voz única y autorizada para ello. En general, el tema de la representación de la naturaleza termina entregándose al Estado. Por ejemplo, en la Constitución de Ecuador se encarga al Estado hacer respetar y proteger los derechos de la naturaleza. Y es precisamente esta derivación al Estado, que termina dándole más poder, lo que problematiza la situación[51].

[51] Tanasescu (2022), p. 68: "The rights of nature are one of the latest expansions of state power into indigenous worlds, one that is much better in many ways than other alternatives, but one that does nothing to fundamentally challenge the power of the state (the one, in the final analysis, responsible for upholding rights)".

Desde una perspectiva filosófica, puede terminar siendo difícil aceptar que el Estado sea el vocero de la naturaleza. ¿Por qué habría de serlo? ¿Qué elementos tiene el Estado para conocer la verdadera y profunda voluntad de la naturaleza? Y más dirigido a lo práctico, ¿qué hace al Estado un intérprete más autorizado que otros posibles candidatos? Aquí hay espacio para largas discusiones. Sin embargo, desde la perspectiva del derecho, la pregunta se transforma y reduce al tema de la representación: es el Estado el único sujeto (otra ficción jurídica, por cierto) que podría detentar la representación de la naturaleza y, a través del aparato público, hacer cumplir y respetar tales derechos y voluntad. Por supuesto, en este punto, filósofos liberales como Marcel Wissenburg y Mihnea Tanasescu levantan todas sus luces de alarma: al final del día lo que está sucediendo es que, a través de supuestos derechos de la naturaleza, se está entregando mayores atribuciones al Estado. Si bien es cierto, existen propuestas para otorgar esta representación a entes diferentes del Estado (como, por ejemplo, a la sociedad civil, comunidades locales, comunidades indígenas, organizaciones independientes, etc.), el Estado sigue siendo el candidato natural y preferido para asumir esta representación.

Una alternativa interesante al tema de la representación lo levanta Sofía Murray a través de la idea de creación de una "persona ambiental" cuya representación podría estar a cargo de un *ombudsman*, una defensoría ambiental o una acción colectiva ambiental[52].

III. Desde lo político a los textos jurídicos

La evolución política e institucional de los derechos de la naturaleza

Solo en las últimas décadas se fueron gestando expresiones político-estructurales que reconocen en diversas legislaciones nacionales a los ecosistemas naturales como sujetos con derechos inherentes. Gradualmente, el reconocimiento de la personalidad jurídica y los derechos de la naturaleza en los sistemas y marcos legales en diversas jurisdicciones nacionales ha propiciado un giro particular y problemático en los derechos ambientales y su relación con los derechos humanos[53]. En efecto, según dan a conocer Craig Kauffman y Pamela Martin, existen diecisiete países (de cinco continentes), a enero de

[52] Esta idea es levantada por Sofía Murray en su tesis de posgrado, dirigida por el académico Jorge Aranda, de la Universidad de Chile. Sin embargo, el texto aún no ha sido publicado y, por tanto, habrá que esperar a una fecha futura para poder profundizar en el análisis de esta interesante propuesta.

[53] Macpherson (2020), p. 77.

2021, con al menos ciento setenta y ocho disposiciones legales que ya reconocen, en distintos grados, los derechos de la naturaleza[54], Asimismo, según estos autores, en el derecho internacional también existen iniciativas para reconocer los derechos de la naturaleza. Varias propuestas han sido apoyadas en informes de Naciones Unidas, en la carta encíclica *Laudato si* del papa Francisco, en la Política Internacional para la Conservación de la Naturaleza (2016) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016)[55]. A modo de ejemplo, señala el Programa de Armonía con la Naturaleza de Naciones Unidas[56]. su reconocimiento en la Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra (Alianza Global para los Derechos de la Naturaleza 2010), la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas (Asamblea General de las Naciones Unidas 2015)[57] y el Convenio sobre la Diversidad Biológica)[58].

En los últimos años se ha podido observar la incorporación de normas en el ámbito constitucional y legal que otorgan derechos a la naturaleza. El caso más conocido es el de la Constitución de Ecuador, pero es posible identificar otras expresiones legales adicionales.

Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador de 2008 marca un punto de inflexión, ya que es el primer país en reconocer los derechos de la naturaleza

[54] Kauffman y Martin (2021), p. 2.

[55] *Ibid*.

[56] El 21 de diciembre de 2016, la Asamblea General aprobó la resolución 71/232 sobre "Armonía con la naturaleza", en la que se solicitaba al presidente de la Asamblea General que convocara, en el septuagésimo primer periodo de sesiones, un diálogo interactivo durante las reuniones plenarias que se celebrarían durante la conmemoración del Día Internacional de la Madre Tierra, el 21 de abril de 2017, con la participación de los Estados miembros, las organizaciones de las Naciones Unidas, expertos independientes y otros interesados. El objetivo era examinar las recomendaciones del informe resumido de los expertos sobre el primer diálogo virtual de la Asamblea General acerca de la Armonía con la Naturaleza entre expertos en jurisprudencia de la Tierra de todo el mundo (A/71/266), con el objetivo de inspirar a los ciudadanos y a las sociedades a reconsiderar el modo en que interactúan con el mundo natural y mejorar la base ética de la relación entre los seres humanos y la Tierra en el contexto del desarrollo sostenible. Disponible en www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2017/08/A2017MediambDoc7Res.-A.-G.-Armon%C3%ADa-con-la-Natura-leza.pdf [fecha de consulta: 22 de marzo de 2022]. También en www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2018/08/a2018medambDocumentosInforme-del-Secretario-General-Armon%C3%ADa-con-la-Naturaleza.pdf [fecha de consulta: 22 de marzo de 2022].

[57] Disponible en www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S [fecha de consulta: 22 de marzo de 2022].

[58] Disponible en www.cbd.int/convention/text/ [fecha de consulta: 22 de marzo de 2022].

a ese rango jurídico. Su reconocimiento fue novedoso, pues le otorga a la naturaleza misma derechos autónomos[59]. Dentro de la forma de reconocimiento como derecho subjetivo, el texto fundamental ecuatoriano desarrolla extensamente el tema ambiental, tratándolo como parte de los derechos civiles (en el capítulo del "Buen vivir"); como uno de los derechos de libertad; como responsabilidad y deber; como principio para el régimen económico y de desarrollo social y en temas específicos como la biodiversidad, los recursos naturales, patrimonio natural, entre otros[60]. Asimismo, consagra derechos de la naturaleza, entendiendo a la Pachamama como sujeto titular de derechos[61].

Para Serena Baldin[62] (2014), las contribuciones teóricas de Christopher Stone y Godofredo Stutzin fueron fundamentales en la elaboración seguida tanto en la elaboración de la Constitución de Ecuador como en la de Bolivia. Algunos de los abogados estaban familiarizados con el trabajo del abogado estadounidense Christopher Stone y del abogado chileno Godofredo Stutzin. Tales trabajos proporcionaron algunos puntos de referencia para la discusión. Algunas disposiciones relevantes son las siguientes: En el título II, en el capítulo segundo de los derechos del Buen Vivir se reconoce en el artículo 14:

> "[...] el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, sumak kawsay. Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados".

El mismo título, artículo 32, vincula el derecho a la salud con el derecho al ambiente sano:

> "La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, uni-

[59] Corvalán (2017), p. 45.

[60] *Ibid*.

[61] *Ibid*. En el preámbulo define a la naturaleza como Pachamama y presenta un principio rector para el nuevo enfoque de desarrollo: que los humanos son parte de la naturaleza y, por lo tanto, la naturaleza es una parte vital de la existencia humana.

[62] Baldin (2014).

versalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional".

El mismo título, artículo 57:

i) consagra derechos para las comunidades pueblos y nacionalidades a la participación en el uso, usufructo y conservación de los recursos naturales en que se hallen sus tierras (numeral 6);
ii) el derecho a la consulta previa en todos los proyectos que afecten ambiental o culturalmente a los pueblos, además del derecho a participar en sus beneficios (numeral 7);
iii) el derecho a "conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural" además de su conservación y utilización sustentable (numeral 8).

En el mismo título, artículo 71, se reconoce que la naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Además, que toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. También, que el Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.

En el mismo título, artículo 72, se dispone que la naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados.

En el mismo título, artículo 66, se establece el derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza (numeral 27). En el título IV, artículo 276, asociado al régimen de desarrollo, se establece como uno de los objetivos principales recuperar y conservar la naturaleza y mantener un ambiente sano y sustentable que garantice a las personas y colectividades el acceso equitativo, permanente y de calidad al agua, aire y suelo, y a los beneficios de los recursos del subsuelo y del patrimonio natural. Por su parte, en el título IV, artículo 376, se establece la posibilidad de que, por vía legal, se expropie con fines conservativos del ambiente.

Por supuesto, una pregunta relevante hoy es observar e identificar las formas concretas en que estos reconocimientos constitucionales han provocado una mayor y mejor protección y promoción del ambiente en Ecuador. El conocido y prestigioso Índice de *Performance* Ambiental de la Universidad de Yale, en su versión 2022, coloca a Ecuador en la posición sesenta y seis y a Dinamarca, cuya Constitución no contiene norma alguna de derechos de la naturaleza, en la posición uno.

¿Qué se puede concluir de esto? No parece haber una correlación directa entre la forma en que se regula lo ambiental en la Constitución y la *performance* de ese país. Se requiere un análisis más profundo y exhaustivo para levantar interpretaciones y conclusiones muy asertivas. Sin embargo, pareciera ser que la *performance* ambiental requiere más que el reconocimiento en el ámbito constitucional. Podría entenderse que es un requerimiento necesario, pero no suficiente y que se requieren más elementos para apuntar a su efectividad. Por ejemplo, leyes ambientales adecuadas. Y buenas políticas públicas ambientales y buenos sistemas de fiscalización. Y una cultura ciudadana ambiental, una cultura que integre también la idea de deberes ambientales. Y la existencia de una ética ambiental, una bioética compartida por los ciudadanos del país. Los países que muestran alto grado de *performance* ambiental y pocas o ninguna norma ambiental constitucional tienden a coincidir en que han incorporado en sus ordenamientos jurídicos los principales tratados internacionales ambientales, como la Convención de Cambio Climático, la Convención de Biodiversidad, etc. Esto lleva a la relevancia del derecho internacional ambiental en la *performance* ambiental de los países.

Bolivia

Dos años después de la promulgación de la Constitución de la República de Ecuador, Bolivia adopta una ley nacional que otorga derechos a la naturaleza, la Ley de Derechos de la Madre Tierra aprobada en diciembre de 2010, que fue elevada en 2012 a Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para el Vivir Bien. En efecto, fue el segundo país del mundo, después de Ecuador, en adoptar normativa nacional que reconoce los derechos de la naturaleza[63]. Ambos cuerpos legales están estructurados de manera similar, siguiendo el modelo de derechos de la naturaleza[64]. La ley boliviana parte estableciendo, en su contexto general, la definición de la Madre Tierra como un todo interconectado que comprende todos los sistemas y seres vivos, entendidos como indisolublemente vinculados y complementarios[65]. Al respecto, Mihnea Tanasescu[66] observa que esta legislación se refiere a la Madre Tierra[67], introduciendo el tema del género dentro de los derechos de la naturaleza y, además, conecta el pensamiento indígena con la figura de la Madre Tierra[68]. Algunas disposiciones relevantes son las siguientes:

[63] Kauffmann y Martin (2021), p. 117.

[64] *Ibid*.

[65] Tanasescu (2011), p. 60.

[66] Tanasescu (2022).

[67] A diferencia de la Constitución ecuatoriana, no se emplea la palabra 'pachamama' como sinónimo de 'naturaleza'.

[68] *Ibid*.

Artículo 7, reconoce el derecho de la naturaleza "a mantener la integridad de los sistemas vivos y los procesos naturales que los sustentan, y las capacidades y condiciones para la regeneración" y reconoce el derecho de la Madre Tierra a "la diversidad de la vida", al agua y al aire limpio, a la restauración cuando sean afectados por las actividades humanas, y mantener "la funcionalidad de los componentes de la Madre Tierra en forma equilibrada para la continuación de los ciclos [de los ecosistemas] y la reproducción de sus procesos vitales"

Artículo 9, donde se establece que es deber de las personas naturales, jurídicas, públicas y privadas defender y respetar los derechos de la Madre Tierra, asegurar el uso y aprovechamiento sustentable de sus componentes, denunciar los actos que atenten contra ella.

Artículo 10, crea la Defensoría de la Madre Tierra, cuya misión es velar por la vigencia, promoción, difusión y cumplimiento de los derechos de la Madre Tierra.

Ahora bien, el Índice de Yale coloca a Bolivia en la posición noventa y nueve, compartiendo esa posición con la República del Congo. Todo parece indicar, entonces, que la legislación por sí sola no hace una diferencia a favor del ambiente.

Nueva Zelandia y Australia

En 2017, Nueva Zelanda realizó un acuerdo político denominado Te Awa Tupua de protección del río Whanganui (Whanganui River Claims Settlement)[69]. En 2018 Australia adoptó el Yarra River Protection Act (Ley de Protección del río Yarra) (Wilip-gin Birrarung murron)[70], por medio del cual reconoció al río Yarra como una entidad viviente y la conexión que tienen con él sus dueños ancestrales (pueblo wurundjeri).

Colombia y México

En 2017 Colombia publicó la sentencia que brindó el reconocimiento de los derechos del río Atrato como una entidad "sujeto de derechos"[71], y en el mismo sentido los ecosistemas del Amazonas, el páramo de Pisba (2018)[72] y los ríos

[69] Disponible en www.legislation.govt.nz/act/public/2017/0007/latest/whole.html [fecha de consulta: 22 de marzo de 2022].

[70] Disponible en https://content.legislation.vic.gov.au/sites/default/files/2020-04/17-49aa005%20authorised.pdf [fecha de consulta: 22 de marzo de 2022].

[71] Disponible en www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm [fecha de consulta: 22 de marzo de 2022].

[72] Disponible en https://pisba.minambiente.gov.co/images/Fallos/Oct-24-2019__Sentencia__segunda_Instancia_Tribunal.pdf [fecha de consulta: 22 de marzo de 2022].

La Plata y Cauca (2019). En las Constituciones Estatales de la Ciudad de México y Colima se reconoció a la naturaleza como un ente colectivo sujeto derechos (Constitución Política de la Ciudad de México, 2017)[73].

Algunas reflexiones finales

Saltar desde la filosofía política (y en algunos casos, incluso, desde cosmovisiones espirituales) nunca es fácil y en algunos casos puede ser problemático. Una cosa es valorar la naturaleza y protegerla y otra construir un engranaje jurídico a su respecto. Quién habla por la naturaleza es la pregunta que necesariamente debe enfrentarse al final de toda reflexión sobre sus derechos. ¿Quién puede representarla? ¿Quién puede expresar lo que quiere y lo que necesita? Obsérvese que la pregunta no es lo que debe hacerse a su respecto. Esta pregunta es importante, sin duda, y tal vez sea la que, en definitiva, deba hacerse. Sin embargo, la pregunta que surge de la necesidad de representación de la naturaleza es precisamente la de identificar y decidir su representante, su vocero[74].

No sabemos qué quiere la naturaleza, no conocemos su voluntad. Tal vez ni siquiera hemos llegado a comprenderla, a entender su *ethos*. ¿Cómo podríamos entonces, pretender representarla, hablar en su nombre? Hay *hubris* en ese empeño. Se parece a tantas historias en que aparecían hombres que decían que representaban a Dios, que hablaban en su nombre y que conocían su voluntad. La naturaleza es misterio, es el velo de Isis, es la frase de Heráclito: la naturaleza ama ocultarse. Lo dijo Johann Goethe también:

> "Misteriosa en pleno día, la naturaleza no se deja quitar el velo, y lo que ella no muestra a tu espíritu no lo puedes forzar tú con palancas y tornillos.
>
> Tal vez sea la naturaleza quien habla a través de la diosa de Sais[75] soy lo que ha sido, lo que es y lo que será. Ningún mortal ha levantado mi velo"[76].

Por supuesto, esta idea de lo que la naturaleza pueda querer, sus representantes, su personalidad jurídica y, en general, todos los temas relacionados con sus posibles derechos, son materias discutidas y discutibles. No parece

[73] Disponible en www.infocdmx.org.mx/documentospdf/constitucion_cdmx/Constitucion_%20Politica_CDMX.pdf [fecha de consulta: 22 de marzo de 2022].

[74] Las ideas expresadas en esta parte se presentaron en Campusano (2023) "Derechos de la naturaleza", parte del libro en proceso de publicación en homenaje al abogado ambientalista Fernando Dougnac. Lo probable es que el libro se publique en 2023.

[75] Asimilada a Isis por Plutarco, según explica Hadot.(2004), p. 398.

[76] Hadot (2004), p. 398.

haber una verdad definitiva a su respecto y estas líneas son una invitación a reflexionar y a debatir.

Bibliografía

Acosta, Alberto (2010): "Toward the Universal Declaration of Rights of Nature. Thoughts for action". AFESE Journal, vol. 54, No. 54. Disponible en www.revista-afese.org/ojsAfese/index.php/afese/article/view/433 [fecha de consulta: 22 de marzo de 2022].

Acosta, Alberto; Martínez, Esperanza (comps.) (2011): *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política* (Quito: Ediciones Abya-Yala).

Acosta, Alberto (2013): "Los derechos de la naturaleza: una lectura sobre el derecho a la existencia", en Grijalva, Agustín; Jara, María Elena y Martínez, Dunia (eds.), *Estado, derecho y economía* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Corporación Editora Nacional): pp. 255-281.

Akchurin, Maria (2015): "Constructing the Rights of Nature: Constitutional Reform, Mobilization, and Environmental Protection in Ecuador", in *Law & Social Inquiry*, volume 40, issue 4: pp. 937-968.

Anker, K.; Burdon, P.D.; Garver, G.; Maloney, M.; Sbert, C. (2021): *From Environmental to Ecological Law*. (New Yok: Routledge).

Anton, D.A.; Shelton, D.L. (2011): *Environmental Protection and Human Rights* (New York: Cambridge University Press).

Attfield, Robin (2014): *Environmental Ethics. An Overview for the 21st Century* (Malden: Polity Press).

Auz, Juan (2017). "Derechos de la naturaleza en la Constitución. ¿En la última década, de qué hablamos cuando invocamos los Derechos de la Naturaleza?". Disponible en www.academia.edu/34452827/Derechos_de_la_Naturaleza_en_la_Constitución_En_la_última_década_de_qué_hablamos_cuando_invocamos_los_Derechos_de_la_Naturaleza: pp. 30-49 [fecha de consulta: 10 de agosto de 2022].

Baldin, Serena (2014): "I diritti della natura: i risvolti giuridici dell'ética ambiental exigente in America Latina", en Serena, Baldin e Moreno, Zago (a cura di), *La sfide della sostenibilità. Il Buen vivir andino dalla prospettiva europea* (Bologna: Filodiritto Editore): pp. 155-183.

Baldin, Serena. (2017). "Los derechos de la Naturaleza: de las construcciones doctrinales al reconocimiento jurídico", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.° 22: pp. 1-28.

Berry, Thomas (1999): *The great work* (New York: Randomhouse): pp. 258.

Berry, Thomas (2010): *Evening Thoughts: Reflecting on Earth as a Sacred Community* (San Francisco: Sierra Club Books): pp. 176.

Boer, Ben (2015): *Environmental Law Dimensions of Human Rights* (Oxford: Oxford University Press).

Bosselmann, Klaus (2008): *The Principle of Sustanability. Transforming Law and Governance* (Aldershot: Ashgate Publishing Company).

Bourg, Dominique (1996): *Les scénarios de l'écologie* (Paris: Hachette).

Boyd, David R. (2017): *The Rights of Nature: A Legal Revolution that could save the World* (Toronto: ECW Press).

Boyd, David R. (2020): *Los derechos de la naturaleza. Una revolución legal que podría salvar al mundo* (Bogotá: Fundación Henrich Böll).

Callicott, B., Frodeman, R. (2009): *Encyclopedia of Environmental Ethics and Philosophy* (Boston: Macmillan Reference USA. A part of Gale, Cengage Learning).

Campbell, Tom (2006): *Rights. A critical introduction* (London and New York: Routledge.

Campusano Droguett, Raúl (2018): "Godofredo Stutzin y el imperativo ecológico de nuestro tiempo. Justicia ambiental", *Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA*, n.º 10: pp. 91-103.

Cannon, Jonathan (2015): *Environment in Balance. The Green Movement and the Supreme Court* (London: Harvard University Press).

Cano Pecharroman, Lidia (2018): "Rights of Nature: Rivers that Can Stand in Court", *Resources Review*, vol. 7, issue 1. Disponible en www.academia.edu/4994860/The_Rights_of_Nature_in_Ecuador_The_Making_of_an_Idea [fecha de consulta: 5 de agosto de 2022].

Carson, Rachel (2016): *Primavera silenciosa* (Barcelona, Editorial Crítica): 620 pp.

Castillo, Marcelo (2022): *Rechazo. Crítica al proyecto de nueva Constitución chilena* (Santiago: J. C. Sáez Editor).

Coates, Peter (1998): *Nature: Western Attitudes Since Ancient Times* (Malden: Polity Press).

Collectif ONG (2018): *Des droits pour la nature: Faire du vivant un sujet de droit* (Paris: Editorial Utopia).

Collins, Lynda (2021): *The Ecological Constitution. Reframing Environmental Law* (New York: Routledge).

Corrigan, Daniel and Oksanen, Markku (edited) (2021): *Rights of Nature. A Re-examination* (New York: Routledge).

Costa Cordella, Ezio (2021): *Por una Constitución ecológica. Replanteando la relación entre sociedad y naturaleza* (Santiago: Catalonia).

Cullinan, Cormac (2011): *Wild Law. A Manifesto for Earth Justice* (Totnes: Siber Ink).

Cullinan, Cormac (2019): *Derecho salvaje* (Logroño: Green Books).

Dobson, A.; Lucardie, P. (1993): *The Politics of Nature. Explorations in Green Political Theory* (New York: Routledge).

Dobson, A.; Eckersley, R. (2006): *Political Theory and the Ecological Challenge* (New York: Cambridge University Press).

Douzinas, C.; Gearty, C. (2014): *The Meanings of Rights. The Philosophy and Social Theory of Human Rights* (Cambridge University Press).

Espinosa Gallegos-Anda, C.; Pérez Fernández, C. (eds.) (2011): *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de los derechos* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos).

Estupiñán, L.; Storini, C.; Martínez, R.; De Carvalho, F. (2019): *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (Bogotá: Universidad Libre).

Feinberg, Joel & Narveson, Jan (1970): "The nature and value of rights", *The Journal of Value Inquiry*, vol. 4, issue 4: pp. 243-260. Disponible en. https://doi.org/10.1007/BF00137935 [fecha de consulta: 3 de agosto de 2022].

Galdámez, Liliana; Millaleo, SAlvador & Saavedra, Bárbara (eds.) (2022): *Una Constitución socioecológica para Chile: propuestas integradas de la Red de Constitucionalismo Ecológico* (Santiago: Pehuén Editores).

Galeano, Eduardo (2008): "La naturaleza no es muda", *Página 12*. Disponible en www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-103148-2008-04-27.html [fecha de consulta: 9 de agosto 2022].

Gardiner, S.; Thompson, A. (2017): *The Oxford Handbook of Environmental Ethics* (New York: Oxford University Press).

Giulio Einaudi (ed.) (2015): *L'Anima Degli Animali. Aristotele, Frammenti Stoici, Plutarco, Porfirio* (Torino: Giulio Einaudi editore).

Good, Meg (2013): "The River as a Legal Person: Evaluating Nature Rights-Based Approaches to Environmental Protection in Australia", *National Environmental Law Review*.

Gudynas, Eduardo (2009): *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución* (Quito: Ediciones Abya-Yala).

Gudynas, Eduardo. (2009): "La ecología política del giro biocéntrico en la nueva constitución de Ecuador", *Revista de Estudios Sociales*, n.° 32: pp. 34-47.

Gudynas, Eduardo. (2011): "Los derechos de la naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política", en Acosta, A. y Martínez, E., *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la práctica* (Quito: Abya-Yala): pp. 239-286.

Gudynas, Eduardo. (2016): *Derechos de la naturaleza. Estética biocéntrica y políticas ambientales* (Quito: Ediciones Abya-Yala).

Gudynas, Eduardo. (2018): "Religion and cosmovisions within environmental conflicts and the challenge of ontological openings", in Evan Berry & Roberto Albro (eds.), *Church, Cosmovision and the Environment. Religion and social conflict in contemporary* (London: Routledge).

Hadot, Pierre (2006): *The veil of Isis. An essay on the history of the idea of nature* (London:The Belknap University Press).

Harm Benson, Melinda (2015): "Reconceptualizing Environmental Challenges-Is Resilience the New Narrative?", *Journal of Environmental and Sustainability Law*, vol 21, issue 1. Disponible en https://scholarship.law.missouri.edu/jesl/vol21/iss1/5 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Hart, H.L.A (1955): "Are There Any Natural Rights?", *The Philosophical Review*, 64, pp. 175-191. Disponible en http://fs2.american.edu/dfagel/www/naturalrights.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Hess, Gérald (2013): *Étiques de la Nature* (Paris: Presses Universitaires de France).

Hiskes, Richard P. (2009): *The Humand Right to a Green Future*: *Environmental Rights and Intergenerational Justice* (New York: Cambridge University Press): pp. 183.

Ignatieff, Michael (2001): *Human Rights as Politics, Human Rights as Idolatry* (New Jersey: Princeton University Press): pp. 65.

Kauffman, Craig M. and Martin Pamela L. (2017): "Can Rights of Nature Make Development More Sustainable? Why Some Equatorian Laws Succeed and Others Fail", *World Development*, vol. 92: pp. 130-142.

Kauffman, Craig M. & Martin, Pamela L. (2021). *The Politics of Rights of Nature. Strategies for Building a More Sustainable Future* (Cambridge, Massachusetts: The MIT Press): 274 pp.

La Follette, Cameron and Maser, Chris (2017): *Sustainability and the Rights of Nature. An Introduction* (Boca Raton: CRC Press).

Lamprea Montealegre, Everaldo (2019): *El derecho de la naturaleza. Una aproximación interdisciplinaria a los estudios ambientales* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores).

Latour, Bruno (2004): *Politic of Nature. How to bring the Sciences into Democracy* (Cambridge/London: Harvard University Press).

Lefort-Martine, Tristan (2018): *Des Droits pour la Nature? L' expérience équatorienne* (Paris: Editions Harmattan).

Leopold, Aldo (1968): *A Sand County Almanac and sketches here and there* (New York: Oxford University Press).

Lewis, Bridget (2018): *Environmental Human Rights and Climate Change. Current Status and Future prospects* (Singapore: Springer).

Lucia, Vito de (2013): "Towards an Ecological Philosophy of Law: A Comparative Discussion", *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 4, issue 2: pp. 167-190.

Macpherson, Elizabeth y O'Donnell, Erin (2017): "¿Necesitan derechos los ríos? Comparando estructuras legales para la regulación de los ríos en Nueva Zelanda, Australia y Chile", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 25: pp. 95-120.

Macpherson, Elizabeth J. (2020): "Derechos constitucionales, derechos humanos, derechos indígenas: el lado humano de los derechos de la naturaleza", en Arias, Amaya *et al.*; García Pachón (editora), *Reconocimiento de la naturaleza y de sus componentes como sujetos de derechos* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia): pp. 489.

Melo, Mario (2011): "De Montecristi a Cochabamba. Los derechos de la Madre Tierra en debate", en Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Pérez Fernández, Camilo (eds.), *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos* (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos): pp. 123-138.

Muir, John (1916). "A Thousand-Mile Walk to the Gulf. Boston and New York: The Riverside Press Cambridge", en https://vault.sierraclub.org/john_muir_exhibit/writings/a_thousand_mile_walk_to_the_gulf/ [fecha de consulta: 2 de julio de 2022].

Murray Mora, Sofía P. (2020): *El medio ambiente como sujeto de derecho: problemas en torno a la captura de su representación*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales (Santiago: Universidad de Chile).

Murray Mora, Sofía P. (2022): Borrador de tesis de posgrado. Aún no publicada.

Nash, Roderick Frazier (1989): *The Rights of Nature. A History of Environmental Ethics* (Madison: The University of Wisconsin Press).

Pinto, Mauricio (2019): "Los derechos de la naturaleza y de los animales. De los debates dogmáticos a las anomalías jurisprudenciales", *Revista de Derecho Ambiental*, edición 15ª aniversario: pp. 335-337.

O'Donnell, E. (2018): *Legal Rights for Rivers Competition, Collaboration and Water Governance* (New York: Routledge).

Pinto Calaça, Irene. Z.; Cerneiro de Freitas, Patricia. J; Da Silva, Sergio. A. y Maluf, Fabiano (2018): "La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia", *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 18, núm. 34-1: pp. 155-171. Disponible en https://doi.org/10.18359/rlbi.3030 [fecha de consulta: 3 de agosto de 2022].

Plater, Zygmunt J. B. (1994): "From the Beginning, a Fundamental Shift of Paradigms: A Theory and Short History of Environmental Law", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 27, number 2: pp. 981-1008.

Plutarco (2001): *Del Mangiare Carne. Trattati Sugli Animali* (Milano: Adelphi Edizioni).

Programa de Derecho y Política Ambiental. (2021): *Conversaciones sobre derechos de la naturaleza y proceso constituyente* (Santiago: Facultad de Derecho UDP).

Quirico, Ottavio; Boumghar, Mouloud (2016): *Climate Change and Human Rights. An International and comparative law perspective* (London/New York: Routledge).

Redclift, Michael and Woodgate, Graham (1997): *The Environmental Handbook of Environmental Sociology* (Cheltenham/ Northhampton: Edward Elgar Publishing Limited).

Rolston III, Holmes (1993): "Rights and Responsibilities on the Home Planet", *Yale Journal of International Law*, vol. 18: pp. 251-279.

Rubens Morato, José; Dinnebier, Flávia França (2019): "Derechos de la naturaleza: fundamentos y protección por el estado ecológico de derecho en América Latina", en Peña Chacón, Mario (ed.), *Derecho ambiental del siglo xxi* (San José: Editorial Isolma).

Schweitzer, Albert (2009): *The Philosophy of Civilization* (Boston: Actonian Press).

Simon Campaña, Farith (2013): "Derechos de la naturaleza: ¿innovación trascendental, retórica jurídica o proyecto político?", *Iuris Dictio*, vol. 13, n.º 15: pp. 9-38. Disponible en https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.713 [fecha de consulta: 5 de agosto de 2022].

Stone, Christopher (1972): "Should Trees Have Standing?-Towards Legal Rights for Natural Objects", *Southern California Law,* vol. 45: pp. 450-501.

Stone, Christopher (2010). *Should Trees Have Standing? Law, Morality and Environment* (New York: Oxford University Press).

Stutzin, Godofredo (1984): "Un imperativo ecológico: reconocer los derechos a la naturaleza", *Revista Ambiente y Desarrollo*, vol. 1: pp. 97-114.

Tanasescu, Mihnea (2013): "The Rights of Nature in Ecuador: The Making of an Idea", *International Journal of Environmental Studies*, vol. 70: pp. 846-861. Disponible en www.academia.edu/4994860/The_Rights_of_Nature_in_Ecuador_The_Making_of_an_Idea [fecha de consulta: 6 de agosto de 2022].

Tanasescu, Mihnea (2016): *Environment, Political Representation and the Challenge of Rights., Speaking for Nature* (New York: Palgrave Macmillan): pp. 208.

Tanasescu, Mihnea (2022): *Understanding the Rights of Nature. A Critical Introduction*. Disponible en doi.org/10.14361/9783839454312 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Taylor, Paul W. (1986): *Respect for Nature: A Theory of Environment Ethics* (Princeton: Princeton University Press).

Thomas, Keith (1991): *Man and the Natural World. Changing Attitudes in England 1500-1800* (London: Penguin Books).

Vasak, Karel (1997): "Revisiter la Troisième Génñeration de l'homme avant leur codification": pp. 1649-1679. Disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/a12244.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Voigt, Christina (ed.) (2013): *Rule of Law for Nature. New Dimensions and Ideas in Environmental Law* (Cambridge: Cambridge University Press).

Westra, Laura; Bosselmann, Klaus; Westra, Richard (2008): *Reconciling Human Existence with Ecological Integrity. Science, ethics, economics and law* (London: Earthscan).

Westerlund, Staffan (2008): "Theory for Sustainable Development. Towards or Against?", in Bugge, Hans C.; Voigt, Christina (eds.), *Sustainable Development in International and National Law. What did the Brundtland Report do to Legal Thinking and Legal Development, and Where can we go From Here?* (Groningen: Europa Law Publishing.

White, Rob (2004): *Controversies in Environmental Sociology* (New York: Cambridge University Press).

EL MEDIOAMBIENTE EN LA PROPUESTA DE CONSTITUCIÓN DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL

THE ENVIRONMENTAL CONTENTS OF THE CONSTITUTIONAL CONVENTION'S PROPOSAL

José Manuel Díaz de Valdés J.[*]

Resumen: Revisamos los contenidos medioambientales de la propuesta de nueva Constitución emanada de la Convención Constitucional, destacando el cambio de paradigma en la materia, en línea con el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Luego, examinamos la proclamación de Chile como Estado ecológico, los nuevos derechos de las personas en materia ambiental, el reconocimiento de la naturaleza como titular de derechos, la creación de la categoría de bienes comunes naturales y la instauración de una democracia ambiental. Otros contenidos se mencionan brevemente, tales como los nuevos deberes estatales, la constitucionalización de principios ambientales y la creación de una nueva institucionalidad ambiental.

Palabras claves: medioambiente, nueva Constitución, Convención Constitucional, proceso constituyente, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.

Abstract: This article analyses the environmental contents of the Constitutional Convention's proposal. It highlights the paradigm change on the matter, following the New Latin-American Constitutionalism. Then, it examines the proclamation of Chile as an ecologic state, novel environmental rights, the recognition of Nature as a right-holder, the creation of natural common resources and environmental democracy. Other contents are briefly mentioned, such

[*] Doctor en Derecho (Oxford). Magíster en Derecho (Harvard, Cambridge, PUC). Investigador del Centro de Justicia Constitucional, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jdiazdevaldes@udd.cl

Agradezco la colaboración de Herman Rojas, Josefa Echeverría y Carolina Moreno.

as the new state's duties, the constitutionalization of environmental principles and the creation of a new environmental institutionality.

Keywords: Environment, New Constitution, Constitutional Convention, Constitution-Making Process, New Latin-American Constitutionalism.

Introducción

Desde el año 2019, Chile se encuentra inmerso en un proceso constituyente, destinado a reemplazar la Constitución de 1980. Dentro del mismo, una convención constitucional popularmente electa, redactó una propuesta de nueva Constitución (la Propuesta), la cual fue sometida a referéndum el 4 de septiembre de 2022.

Si bien la Propuesta fue ampliamente rechazada[1], nos parece relevante analizar sus contenidos. Ello no solo en razón de su valor "histórico" dentro del proceso en curso, sino, también, por su posible influencia a futuro. En efecto, parte importante de tales contenidos podrían reaparecer en la discusión constitucional y, eventualmente, incorporarse al texto de una futura Constitución.

En armonía con el tema central de esta publicación, y considerando que el medioambiente fue una de las materias donde se incluyeron innovaciones más ambiciosas, el presente texto pretende otorgar una visión panorámica de tales contenidos.

Comenzaremos identificando el cambio de paradigma evidenciado en la Propuesta, para, luego, revisar sus disposiciones ambientales más relevantes e innovadoras, terminando con las conclusiones de rigor.

I. Cambio de Paradigma. La influencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano

La Propuesta ofrecía un radical cambio de paradigma en materia medioambiental. En efecto, la aproximación constitucional tradicional hacia el ambiente y la naturaleza fue reemplazada por una nueva visión, inspirada en lo que se ha denominado Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (NCLA)[2].

[1] En el plebiscito de salida, la opción de rechazo se impuso con un 61,89 % (7 891 415) de los votos válidamente emitidos, versus el 38,11 % (4 859 103) que obtuvo la opción apruebo. Fuente www.servel.cl/resultados-definitivos-plebiscito-constitucional-2022/ [fecha de consulta: 8 de diciembre de 2022].

[2] Véase Martínez *et al.* (2021).

Es una corriente de pensamiento constitucional que ha encontrado acogida en las cartas de Venezuela (1999), Bolivia (2009) y Ecuador (2008). Algunos agregan a Colombia, no por su texto constitucional (1991), sino por la jurisprudencia de la Corte Constitucional de ese país[3].

Rechaza el antropocentrismo dominante en las relaciones con la naturaleza[4], la que es reivindicada –en parte recurriendo a visiones indígenas– como:

i) una entidad semipersonalizada y
ii) el conjunto o el todo[5], que integra, entre otras cosas, al ser humano. Así, la visión dicotómica y conflictiva entre persona y naturaleza se considera como equivocada y superada[6].

En consecuencia, sin renegar del derecho individual a un entorno saludable, va más allá y reconoce a la naturaleza como titular de derechos[7], los que pueden ser exigidos y reclamados por cualquier persona[8].

En cuanto titular de derechos, la naturaleza ya no se encuentra a completa disposición de la humanidad[9] y requiere de diversas protecciones[10]. Surge, también, un principio de interpretación *pro natura*[11], y se considera la relación armónica con la naturaleza como uno de los elementos centrales del "buen vivir", concepto controversial de origen indígena[12].

Como veremos en las siguientes secciones, la Propuesta adopta varios de los elementos antes señalados, propios del NCLA. En consecuencia, una interpretación sistémica de los mismos exige entender esta determinante influencia.

II. Estado ecológico y crisis climática

La Propuesta manifestó una preocupación constante e intensa por la protección de la naturaleza en un sentido amplio. Es así como, ya en su primer artículo, proclamaba a Chile como un estado "ecológico".

---

[3] Viciano y Martínez (2010), pp. 17-19.

[4] Bonilla (2019), p. 14.

[5] *Ibid*.; Storini y Quizhpe (2019), p. 59.

[6] Cf. Esborraz (2016), p. 96; Colon-Ríos (2017), pp. 112-113 y Salazar (2013), pp. 358-359.

[7] Esta propuesta es difícil de reconciliar con la doctrina tradicional de derechos humanos. Véase Estupiñán *et al.* (2019).

[8] Bonilla (2019), p. 13; Colon-Ríos (2017), pp. 109-110 y Esborraz (2016), pp. 103 y 119.

[9] Esborraz (2016), pp. 114-115.

[10] Cf. Belloso (2015), p. 43.

[11] Esborraz (2016), p. 119.

[12] Breton, Cortez y García (2014), pp. 9-18; Hidalgo-Capitán (2013), pp. 25-40; Espinosa (2016); Bonilla (2019), pp. 16-20; Clavero (2016), pp. 53-58; De Souza Santos (2010), pp. 82-83; Montaño y Storini (2019), pp. 13-15.

Al parecer, esta definición se originó en la iniciativa convencional constituyente n.° 58-2[13], según la cual, un Estado "ecológico" tendría por finalidad principal y fundamental, la protección de la naturaleza (y de los derechos sociales).

Ahora bien, la proclamación que analizamos redundó en una serie de consecuencias, tales como[14]: la imposición de nuevos deberes y obligaciones hacia el medioambiente; la adición (o intensificación) de principios de interpretación "ecológica"; nuevas herramientas de conservación y restauración, entre otras.

Dentro de esta variedad de nuevas exigencias, el texto examinado impuso ciertos deberes expresos al Estado en su artículo 129. En efecto, este precepto ordenaba "adoptar acciones de prevención, adaptación y mitigación de los riesgos, vulnerabilidades y efectos provocados por la crisis climática y ecológica". Estas acciones no están definidas en la Propuesta. Sin embargo, es posible recurrir, en cuanto antecedente interpretativo, a las normas legales vigentes (*e. g.*, artículo 3.° letras a); h) y k) de la Ley n.° 21455 Ley Marco de Cambio Climático, en adelante, Ley de Cambio Climático).

En definitiva, la declaración general del Estado de Chile como ecológico debe considerarse común fundamento de múltiples consecuencias, algunas ordenadas en forma expresa por la Propuesta, y otras deducibles del mismo.

III. Derechos de las personas en materia medioambiental

1. Derecho a un hábitat sano y ecológicamente equilibrado

La Propuesta contemplaba el derecho fundamental individual a "un ambiente sano y ecológicamente equilibrado", garantizado por el Estado (artículo 104).

Esta formulación es más amplia que la existente en la Constitución actual ("derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación", artículo 19 n.° 8), lo que se traduce en mayores exigencias hacia el Estado (quién garantiza este derecho).

Ahora bien, el derecho a un "medio ambiente sano" ha sido definido por la doctrina como "el derecho de las personas a desarrollarse en un medio adecuado, saludable y propicio para la vida humana"[15]. Luego, el ambiente sano es concebido desde el ser humano, vale decir, un medio sano para vivir y desarrollarse. Por lo mismo, podría considerarse como una derivación del "derecho a la vida[16].

[13] Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 58-2.
[14] Moraga *et al.* (2022), pp. 357-359.
[15] De Luis García (2018), p. 554.
[16] De Luis García (2018), p. 555.

En el contexto de la Convención Constitucional, la iniciativa convencional constituyente n.° 417[17], que propuso consagrar este derecho, señala que este protegería frente a la contaminación que perjudica la vida adecuada de las personas o de los ecosistemas en que se desenvuelve[18]. Agrega que "ano":

> "es un concepto que no se restringe únicamente a la presencia de elementos contaminantes que puedan alterar la salud de las personas, sino que a un ambiente adecuado para el desarrollo de la vida en general [...] bien jurídico protegido en esta garantía lo integrarían, además, el bienestar, la calidad de vida, la vida digna y el buen vivir"[19].

Se confirma, de esta forma, que al menos en la intención original de los proponentes, el derecho en análisis es muy amplio, así como sustancialmente más exigente que el aquel consagrado en la Constitución de 1980.

En cuanto al ambiente "ecológicamente equilibrado", este denotaría la interrelación balanceada y la dependencia recíproca entre sus diversos componentes[20], incluyendo al ser humano. Similar noción habría inspirado a los proponentes de la norma en análisis.

Como podemos observar, el derecho en cuestión es amplio, ambicioso y de contenido ambiguo, cuestión que podría haber dificultado su concreción práctica.

2. Derecho al aire limpio

La Propuesta reconocía también el derecho de toda persona al "aire limpio durante todo su ciclo de vida" (artículo 105). Este derecho encuentra su origen en la iniciativa convencional constituyente n.° 691-4[21]. Según se lee en su fundamentación, la consagración de la garantía responde a problemas fácticos de contaminación del aire en Chile, más que a una dogmática sobre el derecho. Así, la idea sería reforzar el papel del Estado en esta materia, tanto en la ejecución de planes de prevención y descontaminación como en el ámbito de la justicia ambiental[22].

Adicionalmente, este derecho se encuentra relacionado en forma directa con el deber impuesto al Estado en el artículo 135, conforme al cuál: "debe impulsar medidas para conservar la atmósfera y el cielo nocturno".

---

[17] Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 417-4.
[18] Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n. ° 417-4, p. 3.
[19] *Ibid.*
[20] Moraga *et al.* (2022), p. 343.
[21] Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 691-4.
[22] Iniciativa de Norman Convencional Constituyente n.° 691-4, p. 3.

3. Derecho a acceder en forma responsable a montañas, riberas de ríos, mar, playas lagos, lagunas y humedales

La Propuesta consagraba el derecho de "acceso responsable y universal a las montañas, riberas de ríos, mar, playas, lagos, lagunas y humedales" (artículo 106). Asimismo, se ordenaba a la ley regular "el ejercicio de este derecho, las obligaciones de los propietarios aledaños y el régimen de responsabilidad aplicable, entre otros" (artículo 106.2).

Se trata de una ampliación de la actual regulación de acceso a bienes nacionales de uso público, en particular de aquella que permite el ingreso a playas de mar, ríos o lagos, consagrada por el artículo 13 del decreto ley n.° 1939 de 1977 sobre Normas sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.

En términos generales, conforme a la normativa vigente, los propietarios de predios colindantes a estos bienes, deben permitir gratuitamente el acceso a estos bienes cuando no existan otras vías o caminos públicos para ello. Sin embargo, la norma del artículo 107 de la Propuesta ampliaba este deber en un doble sentido:

i) aumentando el catálogo de bienes a los cuáles se asegura el acceso y
ii) encargando a la ley regular el ejercicio del derecho, precisando que ello debe incluir un régimen de responsabilidad y las "obligaciones" de los propietarios aledaños.

Respecto al catálogo de bienes a los que se garantiza el acceso, nótese que se incluyen tanto bienes nacionales de uso público (mar, playas, lagos y lagunas) como bienes comunes naturales apropiables (alta montaña, riberas de ríos y humedales) e inapropiables (mar, playas, lagos y lagunas).

En cuanto a la regulación legal, nos parece que las obligaciones impuestas a los propietarios aledaños se ampararían en la función social de la propiedad (artículo 78.2), lo que, a su vez, debiera redundar en su gratuidad o falta de compensación. Nótese, además, que, en el caso de los bienes apropiables (*e. g.*, alta montaña), las obligaciones no solo se imponían a quienes sean dueños de territorios anexos –por donde se pueda acceder a los bienes enumerados–, sino a los titulares de los bienes en sí.

Considerando la lista de bienes incluidos, así como las amplias facultades delegadas al legislador, era esperable que surgieran conflictos con los propietarios (tanto de bienes aledaños a los enumerados como de estos últimos).

IV. Derechos de la naturaleza

1. Naturaleza como titular de derechos

La Propuesta reconocía a la naturaleza como titular de derechos (artículos 18, 103 y 127), que el Estado y la sociedad debían proteger y respetar. Como señalamos, este es un cambio radical en la comprensión constitucional de la naturaleza y de los derechos (tradicionalmente, solo los seres humanos son titulares de derechos fundamentales[23]) y responde a una tendencia del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (véase sección II precedente).

El antecedente más ilustrativo al respecto es la Constitución de Ecuador de 2008, pionera en la consagración explícita de la naturaleza (o "Pachamama") como sujeto de derechos[24]. Como mencionamos, consecuencias directas de este cambio son la semipersonificación de la naturaleza y la superación de la dicotomía ser humano/naturaleza, ya que esta última es el todo, dentro de la cual se integra armónicamente al primero[25].

Lo anterior se plasmó en el artículo 8.°, el que disponía:

> "Las personas y los pueblos son interdependientes con la naturaleza y forman con ella un conjunto inseparable. El Estado reconoce y promueve el buen vivir como una relación de equilibrio armónico entre las personas, la naturaleza y la organización de la sociedad".

A su vez, diversas iniciativas que sirvieron de antecedente a este y otros artículos, evidencian una visión similar[26].

Ahora bien, esta nueva visión que presentaba la Propuesta manifiesta una cierta contradicción. Por una parte, se equipara a las personas y a la naturaleza, y, por otra, se proclama a esta última como el todo que integra al ser humano, lo cual hace suponer cierta superioridad de aquella. Este matiz podría ser relevante en caso de conflictos entre la protección de la naturaleza y los derechos individuales. Más aún, cuando el énfasis en la interdependencia podría implicar la negación de la existencia real de estos conflictos, presentándolos como aparentes o erróneos (la protección del todo supondría el de las partes interrelacionadas).

[23] En Chile, véase Aldunate (2008), p. 147; Ducci (2010), p. 111.

[24] Artículo 71-74, Constitución de la República del Ecuador (2008).

[25] Algunos enfatizan que esta armonía supone una relación de horizontalidad, y no de verticalidad o dominio, entre ser humano y naturaleza. Véase González (2022), p. 200.

[26] Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 7-2; Iniciativa Indígena de Norma Constituyente n.° 82-5, p. 2.

2. Derechos de la naturaleza

El artículo 103 de la Propuesta precisa los derechos que se reconocen a la naturaleza, señalando:

> "1. La naturaleza tiene derecho a que se respete y proteja su existencia, a la regeneración, a la mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad.
>
> 2. El Estado debe garantizar y promover los derechos de la naturaleza".

En relación con los derechos específicos que se identifican en el texto precedente, podemos señalar lo siguiente:

i) Derecho a que se proteja y respete su existencia.

En el lenguaje propio de los derechos fundamentales, el deber de respeto tiende a entenderse, de forma algo reduccionista como una abstención o no intervención estatal[27]. A su vez, el deber de protección es más ambicioso, exigiendo una actividad positiva al Estado[28].

La Propuesta, al aplicar lo anterior a la naturaleza, expresó un nuevo paradigma. Según este:

> "la naturaleza posee un valor intrínseco global por el simple hecho de existir, de ser y de cumplir una función sistémica [...]. Se deriva de este principio el que dicho valor intrínseco debe ser respetado y preservado de manera acorde a su jerarquía; y que, por lo mismo, la naturaleza deba ser protegida con prescindencia de consideraciones que atañen exclusivamente al ser humano y sus necesidades [...]"[29].

De esta forma, los derechos analizados consolidan la visión semipersonificada de la naturaleza, titular de ciertas prerrogativas, y valiosa en sí misma, independientemente de su utilidad para el ser humano. Por lo mismo, estos derechos sirven como un símil de lo que para las personas constituye el derecho a la vida.

ii) Derecho a la regeneración, mantención y a la restauración de sus funciones y equilibrios dinámicos, que comprenden los ciclos naturales, los ecosistemas y la biodiversidad.

Como trasfondo conceptual, la doctrina sostiene que, entre las características definitorias de los enfoques de derechos de la naturaleza

[27] Aldunate (2008), p. 112.

[28] Cfr. Aldunate (2008), p. 181.

[29] Plaza (2022), pp. 315-316.

que se han puesto en práctica por vía constitucional, jurisprudencial o legal, puede encontrarse la "reciprocidad". Esta implica que:

"el uso humano de la naturaleza conlleva la responsabilidad concomitante de respetar, restaurar y regenerar la naturaleza, manteniendo, por ejemplo, la calidad ambiental, la estructura y función del ecosistema y los niveles naturales de biodiversidad [...]"[30].

Es decir, por reciprocidad –y porque la naturaleza tiene derecho a que se respete su existencia– se justifica la necesidad de asegurar la existencia de la naturaleza, por medio de la regeneración, mantención y restauración de estos elementos.

Ahora bien, los conceptos que utilizó la Propuesta no se encuentran definidos en ella. Sin embargo, es posible encontrar cierto correlato en algunos de los conceptos definidos por la Ley n.° 19300 sobre Bases del Medio Ambiente (Ley n.° 19300). En efecto, el literal p) del artículo 2 de dicho cuerpo legal, se refiere a la "preservación de la naturaleza". Esta consistiría en un conjunto de políticas, planes, programas, etc., "destinadas a asegurar la mantención de las condiciones que hacen posible la evolución y el desarrollo de las especies y de los ecosistemas del país".

En un sentido similar, el literal b) del mismo artículo 2 de la Ley n.° 19300, define a la "conservación del patrimonio ambiental", como el uso y aprovechamiento racional de los componentes del ambiente, "con el objeto de asegurar su permanencia y capacidad de regeneración".

Luego, en cuanto al derecho a la "restauración", es posible afirmar que esta expresión es usualmente utilizada en un sentido similar al de reparación, es decir, la:

"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 causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas" (artículo 2, letra s), de la Ley n.° 19300).

Es así como, respecto de los conceptos de regeneración y restauración, en doctrina comparada se ha afirmado que estos:

"implican poner en práctica las acciones necesarias para volver a la situación previa al daño ambiental ocasionado, para recuperar, en la medida de lo posible, los sistemas ecológicos afectados"[31].

[30] Millaleo (2022), pp. 228-229.

[31] Guamán y Aparicio (2019), p. 247.

En definitiva, luego de haberse afirmado el derecho a existir de la naturaleza, resulta consecuente el consagrar el derecho de esta a ser regenerada, mantenida o restaurada cuando alguno de sus elementos, estructuras o funciones haya sido alterado negativamente.

3. Consecuencias

La titularidad de derechos por parte de la naturaleza, al tratarse de una innovación jurídica profunda, produce efectos indeterminados. Sin embargo, es posible afirmar que, al menos:

i) Facilitará la limitación de derechos fundamentales cuyo ejercicio afecte a la naturaleza, tales como la propiedad y la libre iniciativa económica, incluyendo la imposición de obligaciones positivas (*v. g.*, derecho a publicación de información).
ii) Intensificará la litigación, ya que se otorga a cualquier persona la posibilidad de reclamar la vulneración de los derechos de la naturaleza (acción popular). Es así como el artículo 119, al regular la acción de tutela, señala en su inciso 8:

"Tratándose de los derechos de la naturaleza y derechos ambientales, podrán ejercer esta acción tanto la Defensoría de la Naturaleza como cualquier persona o grupo".

A este respecto, un antecedente interesante a considerar es la iniciativa popular de norma n.° 78-4, la cual advertía:

"la ampliación de la legitimidad activa para que cualquier persona pueda representar a la Naturaleza, permitirá ampliar la litigación a nivel constitucional. De este modo las Cortes podrán ayudar a modular la influencia del aspecto económico y político en las decisiones vinculadas con el ambiente, protegiendo los intereses ignorados de personas en situación de vulnerabilidad por la crisis ambiental, minorías, niñas/os, futuras generaciones y los Derechos de la Naturaleza en sí mismos"[32].

El texto reproducido evidencia que, al menos en parte de los convencionales, existía:

i) plena conciencia sobre el incremento en la litigación que causaría la acción popular;
ii) una expectativa de fuerte activismo judicial.

[32] Iniciativa Popular de Norma Constituyente n.° 78-4, p. 1.

V. Bienes Comunes Naturales

La Propuesta creaba una nueva categoría de bienes, los Bienes Comunes Naturales (BCN) (artículos 134 a 139). Comprendían:

> "el mar territorial y su fondo marino; las playas; las aguas, glaciares y humedales; los campos geotérmicos; el aire y la atmósfera; la alta montaña, las áreas protegidas y los bosques nativos; el subsuelo, y los demás que declaren la Constitución y la ley" (artículo 134.2).

1. Compatibilidad de la categoría de BCN con las categorías clásicas de bienes

No existía claridad en la Propuesta sobre si es que esta nueva categoría de bienes coexistía con las actuales (*i. e.*, bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, BNCH; bienes nacionales de uso público, BNUP; bienes fiscales y bienes particulares).

Al respecto existirían dos alternativas plausibles:

i) La declaración de un bien como BCN es *adicional* a su naturaleza como BNCH, BNUP, bienes fiscales o particulares. En tal caso, estos bienes quedarían sujetos a dos estatutos concurrentes. En caso de contradicción, primarían las normas aplicables a los BCN por expresa disposición constitucional, ya que la Propuesta ha querido, en forma explícita, que algunos bienes sean tratados como BCN.

ii) La declaración de un BCN *extingue* su naturaleza como BNCH, BNUP, bienes fiscales o particulares. Esta alternativa debe descartarse, al menos para los bienes particulares, ya que la propia Propuesta reconoce la compatibilidad entre BCN y propiedad privada (artículo 134, incisos 3, 4 y 5).

Estimamos que la primera opción sería la más plausible, toda vez que la categoría de los BCN apunta más bien a la protección y forma de gestión del bien, que, a la titularidad o dominio sobre el mismo, es el rasgo distintivo de las clasificaciones tradicionales de bienes. No debiera, por tanto, haber exclusión, sin perjuicio de que pudieran surgir ciertas incompatibilidades, frente a las cuales –por supremacía constitucional y por un criterio de especialidad– debieran primar las normas de los BCN.

2. Deber de custodia

Lo que identifica a los BCN es el deber especial de custodia que sobre ellos se impone al Estado, con las finalidades de "asegurar los derechos de la Naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras" (artículo 134.1).

La Propuesta distinguía entre dos clases de BCN (134.3 a 134.5): los apropiables (*i.e.*, glaciares, humedales, campos geotérmicos, alta montaña, áreas protegidas, bosques nativos y subsuelo) y los inapropiables (*i. e.*, agua en todos sus estados, aire, mar territorial, playas y "los reconocidos por el derecho internacional y los que la Constitución y la ley declaren como tales").

En consecuencia, el contenido del deber de custodia variaba dependiendo del tipo de BCN. Respecto de los inapropiables;

> "el Estado debe preservarlos, conservarlos y, en su caso, restaurarlos. Debe, asimismo, administrarlos de forma democrática, solidaria, participativa y equitativa".

En relación con los BCN apropiables, el deber de custodia "implica la facultad de regular su uso y goce, con las finalidades establecidas en el inciso 1", esto es, asegurar los derechos de la naturaleza y el interés de las generaciones presentes y futuras.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que en la Propuesta se contemplaban normas que desarrollaban en mayor medida estos deberes de custodia respecto de determinados bienes comunes. Así, por ejemplo, el artículo 136 señalaba que el Estado, en tanto custodio de los humedales, bosques nativos y suelos "asegurará la integridad de estos ecosistemas, sus funciones, procesos y conectividad hídrica". Consecuentemente, la disposición trigésimo tercera transitoria disponía que, en el plazo de tres años, el Presidente de la República implementara una política nacional de restauración de suelos y bosque nativo.

3. Derechos sobre los BCN

Respecto de los BCN apropiables, el Estado se encontraría facultado para regular su uso y goce para las finalidades descritas. En consecuencia, la explotación de estos bienes, o la realización de actividades económicas sobre los mismos, podría verse sometida a limitaciones y obligaciones para asegurar la explotación razonable del recurso y el cuidado del ambiente.

Respecto de los BCN inapropiables (artículo 134.5):

i) Se podría otorgar su uso a privados, entendiéndose "podrá" como un mandato de regulación al Estado (*deberá* regular el uso por privados[33]).
ii) El título para este uso serían autorizaciones administrativas reguladas por ley. Estas son actos administrativos, de contenido favorable para el administrado, por los cuales "se constata la existencia de un

[33] Cfr. Ponce de León (2014), p. 216.

derecho, a través del cumplimiento de los requisitos que se exigen para realizar una actividad"[34].

iii) Las autorizaciones administrativas serán temporales y no constituirán propiedad para su titular. Se impide así la invocación del derecho dominio en su defensa, si bien la ley respectiva debiera contener la regulación para reclamar su protección. Todo ello sin perjuicio de la aplicación de las normas generales sobre impugnación de decisiones administrativas[35].

VI. Democracia ambiental

El artículo 154 de la Propuesta consagraba el concepto de "democracia ambiental". De acuerdo con lo expresado en la iniciativa convencional constituyente n.° 788-5, aquella supondría la "redistribución de poderes que favorezca un proceso de toma de decisiones, que posibilite la protección de la Naturaleza"[36]. Se invoca como referente el principio n.° 10 de la Declaración de Río[37], del cual se derivan derechos específicos: participación, acceso a la información y justicia ambiental.

Así, en forma concordante, la Propuesta concreta esta noción de democracia ambiental en tres derechos específicos:

i) El "derecho de participación informada en materias ambientales" (artículo 154). No señala si consultiva o vinculante, aunque se rechazó el texto que establecía la primera.
ii) El "derecho a acceder a la información ambiental (artículo 154), ya sea que esté en manos del Estado o de los particulares.
iii) El derecho de "acceso a la justicia ambiental" (artículos 108, 119 y 128).

VII. Otras normas

No es posible analizar, en este artículo, la totalidad de las normas formuladas en la Propuesta en materia ambiental. Sin embargo, quisiéramos al menos mencionar algunas proposiciones normativas adicionales:

---

[34] Bermúdez (2014), p. 323.

[35] Salvo norma en contrario, debieran ser aplicables, al menos, la Ley n.° 18575 sobre Bases Generales de la Administración del Estado (1986) y la Ley n.° 19880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado. (2003).

[36] Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 788-5, p. 2.

[37] Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 788-5, p. 4.

1. Deberes estatales

Se imponían al Estado nuevo deberes, tales como la gestión de residuos (artículo 133), la protección de la biodiversidad (artículo 130) y la creación de un sistema nacional de áreas protegidas para la preservación, conservación y restauración (artículo 132).

2. Constitucionalización de principios ambientales

Se constitucionalizan los siguientes principios en materia ambiental: "progresividad, precautorio, preventivo, justicia ambiental, solidaridad intergeneracional, responsabilidad y acción climática justa" (artículo 128).

La iniciativa convencional constituyente clave en esta materia fue la n.° 787-5 "Iniciativa sobre bienes comunes naturales"[38], aunque existieron otras también relevantes, como la n.° 55-2[39]. Aquellas se vinculan también a otras fuentes normativas, tales como: la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992[40], la Ley de Cambio Climático, la Ley n.° 19300 (incluyendo su Mensaje) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano 1972[41].

Si bien algunos de estos principios cuentan con ciertas bases en el derecho interno, su constitucionalización:

i) se extendía a principios aún no claramente recepcionados en nuestro ordenamiento;
ii) reforzaría su influencia;
iii) expandiría su ámbito de aplicación.

3. Nueva institucionalidad

La Propuesta diseña una nueva institucionalidad ambiental, reforzando las potestades de los órganos existentes, y creando otros nuevos. Destacamos los siguientes contenidos:

a) Tribunales ambientales especializados.

Estos conocerían de la legalidad de actos administrativos en materia ambiental (sin que se pudiera exigir el agotamiento previo de la

[38] Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 787-5.

[39] Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 55-2, p. 2.

[40] Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.

[41] Principios 1 y 2, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972.

vía administrativa), y de la acción de tutela de derechos de la naturaleza y derechos ambientales (artículos 333 y 119).

b) Defensoría de la naturaleza.

Se lo definía como un organismo autónomo constitucional para "la promoción y protección de los derechos de la naturaleza y de los derechos ambientales" contenidos en la Constitución o en tratados internacionales ratificados por Chile, frente a acciones u omisiones de entidades públicas o privadas (artículo 148).

Esta institución poseería facultades para fiscalizar actos del Estado y entidades privadas en el cumplimiento de obligaciones ambientales, formular recomendaciones, tramitar reclamos sobre vulneraciones a los derechos ambientales, deducir acciones constitucionales y legales, cuando se vulneren estos derechos, promover educación y formación ambiental[42] y las demás que le señale la ley (artículo 149).

c) Comisión de transición aociológica.

Su finalidad sería el diseño de propuestas de legislación, adecuación normativa y políticas públicas, para la implementación de todas las normas constitucionales contenidas en el capítulo III de la Propuesta: naturaleza y medioambiente (disposición trigésima séptima transitoria).

d) Potestades municipales.

Si bien las municipalidades cuentan en la actualidad con algunas potestades y obligaciones en materia medioambiental, se les entrega un papel mucho mayor. Así, se les encargaba funciones tales como: "La protección de los ecosistemas comunales y los derechos de la naturaleza" (art**ículo** 202 letra e); "La ejecución de los mecanismos y acciones de protección ambiental [...] (art**ículo** 202 letra g); "La conservación, la custodia y el resguardo de los patrimonios culturales y naturales" (art**ículo** 202 letra h) y "El fomento y protección a las culturas, las artes y los patrimonios culturales y naturales [...]" (art**ículo** 202 letra i).

4. Restricciones a otros derechos fundamentales

La Propuesta permitía "establecer restricciones al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente y la Naturaleza" (artículo 106).

[42] Respecto de la educación ambiental, debe tenerse en cuenta que esta se encuentra tratada en el artículo 39 de la Propuesta, que garantiza una educación que: "favorezca la preservación, conservación y los cuidados requeridos respecto al medioambiente y la naturaleza, y que permita formar conciencia ecológica".

Si bien el texto es similar a la disposición constitucional vigente (artículo 19 n.° 8), se diferencia en cuanto no exige que las restricciones deban ser "específicas" (según el Tribunal Constitucional, este requisito impone a la ley que "indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad"[43]). En consecuencia, podrían establecerse restricciones generales a derechos fundamentales en favor de la protección del ambiente, dejando su especificación a un reglamento.

Conclusiones

1. La protección del ambiente es uno de los contenidos más relevantes e innovadores de la Propuesta, lo cual se demuestra tanto en la cantidad de disposiciones sobre la materia como en su ambicioso contenido.
2. Como trasfondo, se aprecia un cambio de paradigma, propio del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Este propone la superación de la dicotomía persona-naturaleza, entendiendo a esta última como una semipersonificación que representa el todo, y en la cual se integra el ser humano
3. En materia de derechos, no solo se ampliaban para los individuos, sino que se reconocía a la naturaleza como titular de derechos. Ello, unido a la creación de una acción popular para su defensa, habría fomentado la litigación ambiental.
4. Se creaban los Bienes Comunes Naturales, categoría que se sobrepondría a las existentes, sin sustituirlas. Se dividían en apropiables e inapropiables, e imponían al Estado un deber de custodia.
5. Se consagraba la democracia ambiental, que se concretaba en los derechos de participación informada, acceso a la información ambiental y justicia ambiental.
6. Se incorporaban deberes ambientales para el Estado, se constitucionalizaban diversos principios ambientales y se creaba una nueva institucionalidad ambiental.
7. En síntesis, la Propuesta posee múltiples y relevantes contenidos en materia medioambiental. Si bien habrían requerido su implementación legal, es previsible que tales contenidos hubieran redundado en un incremento en las obligaciones y cargas medioambientales, así como en mayor fiscalización, protección, litigación y proactividad estatal (incluyendo a los tribunales de justicia).

[43] Tribunal Constitucional (1994), rol 185-94, considerando 40.°.

Bibliografía

Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago: Editorial Legal Publishing).

Belloso Martín, Nuria (2015): "El neoconstitucionalismo y el nuevo constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho,* n.° 32: pp. 21-53.

Bermúdez Soto, Jorge (2014): *Derecho administrativo general* (Santiago: Thomson Reuters, tercera edición).

Bonilla Maldonado, Daniel (2019): "El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia", *Revista de Derecho del Estado,* n.° 42: pp. 3-23.

Breton, Víctor; Cortez, David y García Fernando (2014): "En busca del *sumak kawsay*", *Revista de Ciencias Sociales,* n.° 48: pp. 9-24.

Clavero, Bartolomé (2016): *Constitucionalismo latinoamericano: Estados criollos entre pueblos indígenas y derechos humanos* (Santiago: Ediciones Olejnik).

Colon-Ríos, Joel (2017): "Comment: The Rights of Nature and the New Latin American Constitutionalism", *Victoria University of Wellington Legal Research Papers,* No. 119: pp. 107-113.

De Luis García, Elena (2018): "El medio ambiente sano: la consolidación de un derecho", *Iuris Tantum, Revista Boliviana de Derecho*, n.° 25: pp. 550-569.

De Souza Santos, Boaventura (2010): *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde la epistemología del sur* (Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad).

Ducci Claro, Carlos (2010): *Derecho civil. Parte general* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Esborraz, David Fabio (2016): "El modelo ecológico alternativo latinoamericano entre protección del derecho humano al medio ambiente y reconocimiento de los derechos de la naturaleza", *Revista de Derecho del Estado,* n.° 36: pp. 93-129.

Espinosa Gallegos-Anda, Carlos (2016): "Ecuador's Good Living as a Living Law", *The Australian Journal of Indigenous Education,* Special Issue, pp. 1-33.

Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia; Martínez Dalmau, Rubén y de Carvalho Dantas, Fernando Antonio (2019): *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (Bogotá: Universidad Libre).

González Jaraquemada, María Nora (2022): "Fortalecimiento constitucional de la justicia ambiental: igualdad de cargas ambientales y superación de las barreras de acceso a la justicia ambiental", en Moraga Sariego, Pilar (coord.): *Protección constitucional del medio ambiente: desafíos globales para la democracia en la nueva Constitución* (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch): pp. 179-208.

Guamán, Adoración y Aparicio, Marco (2019): "Los derechos de la naturaleza y la lucha frente al poder corporativo en Ecuador. El caso Texaco-Chevron, los alcances del ecoconstitucionalismo y las deficiencias de los mecanismos de garantía y reparación", en Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia; Martínez Dalmau, Rubén y de Carvalho Dantas, Fernando Antonio (eds.), *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (Bogotá: Universidad Libre): pp. 227-268.

Hidalgo-Capitán, Antonio Luis (2013): "Seis debates abiertos sobre el sumak kawsay", *Revista de Ciencias Sociales,* n.° 48: pp. 25-40.

Martínez Dalmau, Rubén; Storini, Claudia y Viciano Pastor, Roberto (2021): *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. Garantías de los derechos, pluralismo jurídico y derechos de la naturaleza* (Santiago: Ediciones Olejnik).

Millaleo, Salvador (2022): "Constitución y naturaleza: ¿Recursos naturales o madre tierra? Pensando soluciones alternativas a conflictos interculturales a propósito de los espacios fluviales y marinos", en Moraga Sariego, Pilar (coord.): *Protección constitucional del medio ambiente: desafíos globales para la democracia en la nueva Constitución* (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch): pp. 215-244.

Montaño Galarza, César y Storini, Claudia (2019): "Buen vivir: una nueva forma de ser, hacer y pensar", en Estupiñán Achury, Liliana; Storini, Claudia, Martínez Dalmau, Rubén y de Carvalho Dantas, Fernando Antonio (eds.), *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democr*ático (Bogotá: Universidad Libre): pp. 13-15.

Moraga, Pilar; Aranda, Jorge; Pulgar, Antonio; Illanes, José; Ubilla, Pablo y Urzúa, Isaías (2022): "Perspectiva latinoamericana de la protección constitucional del medio ambiente", en Moraga Sariego, Pilar (coord.): *Protección constitucional del medio ambiente: desafíos globales para la democracia en la nueva Constitución* (Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch): pp. 330-365.

Plaza Reveco, Rafael (2022): "La naturaleza contrataca. Derecho salvaje y nueva constitución", en Moraga Sariego, Pilar (coord.): *Protección constitucional del medio ambiente: desafíos globales para la democracia en la nueva Constitución* (Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch): pp. 307-329.

Ponce de León, Sandra (2014): "Notas sobre la discrecionalidad en la administración del Estado", en Soto Kloss, Eduardo, *Administración y derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile* (Santiago: Editorial Legal Publishing).

Salazar Ugarte, Pedro (2013): "El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano (una perspectiva crítica)", en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coord.), *El Constitucionalismo Contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM): pp. 345-387.

Storini, Claudia y Quizhpe, Fausto (2019): "Hacia otro fundamento de los derechos de la Naturaleza", en Estupiñán Achury, Liliana, Storini, Claudia, Martínez Dalmau, Rubén y de Carvalho Dantas, Fernando Antonio (eds.), *La naturaleza*

como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático (Bogotá, Universidad Libre): pp. 49-69.

Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén (2010): "Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional". *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A*C, n.° 25: pp. 7-29.

Normas

Constitución de la República del Ecuador (2008). Disponible en www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2021?lang=es [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Ley n.° 18575 (1986), sobre Bases Generales de la Administración del Estado, 5 de diciembre de 1986.

Ley n.° 19880 (2003), sobre Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, 29 de mayo de 2003.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (1994): rol 185-94, 28 de febrero de 1994.

Otras fuentes

Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano de 1972. Disponible en https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD_SP.pdf?sequence=5&isAllowed=y [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992. Disponible en https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/08/1_DeclaracionRio_1992.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 7-2. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/12/7-2-Iniciativa-Convencional-Constituyente-del-cc-Luis-Barcelo%CC%81-y-otros.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Iniciativa Convencional Constituyente n.° 58-2. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/ 2022/01/58-2-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-la-cc-Loreto-Vallejos-y-otros.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 55-2. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/12/55-2-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-la-cc-Ivana-Olivares-y-otros.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 417-4. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/417-4-Iniciativa-Convencional-del-

cc-Francisco-Caamano-sobre-Derecho-a-vivir-en-un-ambiente-sano13342-5-01.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 691-4. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/691-Iniciativa-Convencional-Constituyente-del-cc-Patricio-Fernandez-sobre-Derecho-a-Respirar-Aire-Puro121101-02.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 787-5. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/787-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-la-cc-Camila-Zarate-sobre-Deberes-y-Principios-Ambientales.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Iniciativa de Norma Convencional Constituyente n.° 788-5. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/788-Iniciativa-Convencional-Constituyente-de-la-cc-Camila-Zarate-sobre-Democracia-Ecologica.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Iniciativa Indígena de Norma Constituyente n.° 82-5. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/82-norma.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Iniciativa Popular de Norma Constituyente n.° 78-4. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/02/Iniciativa-Popular-73-19350.pdf [fecha de consulta 9 de diciembre de 2022].

Propuesta de Constitución Política de la República de Chile. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

HUMEDALES URBANOS Y CONGRUENCIA PROCEDIMENTAL: APUNTES PARA SU ADECUADA COMPRENSIÓN

URBAN WETLANDS AND PROCEDURAL CONGRUENCE: NOTES FOR THEIR ADEQUATE UNDERSTANDING

Edesio Carrasco[*]
Maximiliano Alfaro[**]

Resumen: El presente trabajo analiza el procedimiento de declaratoria de humedales urbanos dispuesto en la Ley n.° 21202 y su respectivo reglamento (DS n.° 15/2022), revisando su sentido y alcance. De igual forma, junto con exponer los efectos de una declaratoria de humedal urbano, se realiza una crítica a la falta de congruencia administrativa que muchos de los procedimientos de declaratoria de humedal urbano han experimentado a la fecha, concluyendo la insuficiencia de esta regulación y advirtiendo los efectos que, en cuanto a la participación de los interesados, dicha anomalía genera.

Palabras claves: humedal urbano, procedimiento, congruencia, Ministerio del Medio Ambiente.

Abstract: This paper analyzes the procedure for declaring urban wetlands under the Law No. 21,202 and its respective Regulation (D.S. No. 15/2022), reviewing its meaning and scope. In the same way, together with exposing the effects of a declaration of urban wetland, a criticism is made of the lack of administrative consistency that many of its procedures have experienced to

[*] Profesor de posgrado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile y en la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: ecarrasc@uc.cl
[**] Abogado de la Universidad de Chile. Correo electrónico: maximiliano.alfaro@ug.uchile.cl

date, concluding the insufficiency of this regulation and noting the effects that, in terms of the participation of the interested parties, said anomaly generates.

Keywords: Urban wetlands, procedure, consistency, Ministry of Environment.

Introducción

Hace un poco más de dos años entró en vigencia la Ley n.° 21202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos. Dicha normativa dispone una serie de aspectos sustantivos, procedimentales y orgánicos que regulan estas áreas, remitiendo, asimismo, a un reglamento el detalle de una serie de aspectos asociados a la declaratoria de humedales urbanos (DS n,° 15/2022).

En ese marco, este artículo aborda uno de los aspectos que la ley dispone: el procedimiento para declarar humedales urbanos. Para ello, se revisa su concepto, pero principalmente las reglas comunes y diferenciadas que existen para declarar este tipo de áreas, ya sea a solicitud municipal o por parte del Ministerio del Medio Ambiente, abordando, también, los efectos que estas declaratorias tienen en el marco del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) y en materia de fiscalización y sanción ambiental.

Por otra parte, al ser insuficientes las normas legales y reglamentarias para llevar adelante un procedimiento de estas características, este trabajo propone la aplicación supletoria de la Ley n.° 19880, la que, con sus disposiciones, reglas, estándares y principios, es capaz de orientar los vacíos y deficiencias de la actual regulación de los humedales urbanos.

En esa línea, se profundiza en la falta de congruencia administrativa de la que han adolecido, a la fecha, varios procedimientos llevados adelante por el Ministerio de Medio Ambiente (MMA), en cuanto a la discordancia existente entre la superficie propuesta de forma inicial como humedal urbano y aquella dispuesta en el acto terminal, aumentando, en muchos casos, en hasta diez veces la superficie declarada. A ello se suma que muchos de estos cambios sustantivos durante el procedimiento de declaraciones de humedales urbanos, se han hecho sin una nueva instancia de participación de los interesados en el procedimiento, marginando su participación y debilitando la justicia y racionalidad que este tipo de procedimientos debe tener, en lo que se ahonda en la parte final del trabajo.

I. Ley n.° 21202:
principales aspectos de la ley de humedales urbanos

1. Concepto de humedal urbano

La Convención Relativa a los Humedales de Importancia Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención Ramsar) define los humedales como aquellas:

> "extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina cuya profundidad en marea baja no exceda de seis metros".

Otra definición para los humedales, ajustada al ámbito nacional, es aquella señalada por el MMA. Esta dispone que pueden ser entendidos como:

> "ecosistemas acuáticos, superficies cubiertas de agua, natural o artificial, permanente o temporal, que podemos encontrar a lo largo de toda la costa, como estuarios, lagunas costeras o marismas; a lo largo de la Cordillera de Los Andes, como salares, lagunas salobres, bofedales, vegas, ríos, lagos y lagunas. Hacia el sur de Chile es posible reconocer turberas, grandes sumideros de gases de efecto invernadero, o los humedales boscosos, conocidos como hualves o pitrantos"[1].

En relación con la presencia de humedales en Chile, de acuerdo con estimaciones del Ministerio del Medio Ambiente, los humedales abarcarían una superficie aproximada de 4,5 millones de hectáreas, representando de forma aproximada un 5,9 % del territorio nacional. En particular, los humedales en Chile se caracterizarían por su singularidad, belleza y por presentar una biodiversidad con alto valor para la conservación, debido a la diversidad de especies e interacciones entre ellas[2].

Por otra parte, en relación con la importancia de los humedales, se ha indicado que estos ecosistemas sostienen una rica biodiversidad y proveen importantes servicios ecosistémicos: proveen agua dulce, alimentos y recursos naturales; controlan las crecidas, regulan el clima, recargan aguas subterráneas y son el hogar, permanente o de paso, de muchas especies de flora y fauna, como peces y aves migratorias[3].

[1] https://humedales.mma.gob.cl/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].
[2] Ministerio del Medio Ambiente (2018), p. 17.
[3] https://humedales.mma.gob.cl/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

En este sentido, la Corte Suprema ha destacado de manera sostenida la relevancia de los humedales en términos de la importancia de estos sistemas ecológicos para la humanidad y como pilares para la mantención y protección de la biodiversidad, siendo un deber del Estado velar por su preservación:

> "En este mismo orden de ideas, el Estado a través de una política pública de protección denominada Estratégica Nacional de Biodiversidad 2017-2030, aprobada en el marco de la ratificación que en el año 1994, Chile hizo del Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), en que se comprometió a implementar acciones para la conservación y el uso sustentable de la biodiversidad, se encuentra la protección de los humedales, porque aquellos constituyen, entre otros, fuente de reservas de aguas, de irrigación de los cultivos y de preservación de la flora y fauna para el sustento del planeta.
>
> Elementos que permiten colegir la importancia de dichos sistemas ecológicos para la humanidad y su necesidad de protección.
>
> [...] De esta manera, para este caso particular, dicho cuerpo de aguas se adapta al concepto de humedal y, por consiguiente, tal como lo postulan los recurrentes emana la necesidad de su protección desde que estos sitios han sido considerados por la comunidad internacional, como pilares fundamentales para la mantención y protección de la biodiversidad, siendo un deber del Estado velar por su preservación"[4].

Tomando como referencia directa a la Convención Ramsar, el artículo 1.° de la Ley n.° 21202 y el artículo 2.° letra g) de su reglamento, disponen que los humedales urbanos son:

> "todas aquellas extensiones de marismas, pantanos y turberas, o superficies cubiertas de aguas, sean éstas de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o corrientes, dulces, salobres o saladas, incluidas las extensiones de agua marina, cuya profundidad en marea baja no exceda los seis metros y que se encuentren total o parcialmente dentro del límite urbano".

[4] Corte Suprema (2018), rol n.° 118-2018, Sociedad Educacional Winkler Limitada y otros con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Lagos y otros, considerandos 8.° y 9.°. En el mismo sentido: Corte Suprema (2021), rol n.° 21.970-2021 Comunidad Indígena Lof Coñuecar y otro con Ilustre Municipalidad de Puerto Montt y otros, considerando 7.°; Corte Suprema (2021), rol n.° 129.273-2022, Junta de Vecinos Chorrillos y otros con Constructora Manque Limitada y otro, considerando 9.°; Corte Suprema (2022), rol n.° 49.869-2021, Matías Gallardo con Dirección de Obras Portuarias del Ministerio de Obras Públicas, considerando 3.°; Corte Suprema (2022), rol n.° 1.536-2022, Ilustre Municipalidad de Temuco con Waldo Jara y Compañía Limitada, considerando 3.°.

De la definición previa se observa que el carácter urbano de un humedal queda definido por su ubicación de forma total o parcial dentro del límite urbano[5]. En este sentido, el artículo 2.° letra h) del reglamento define humedal parcialmente dentro del límite urbano como aquel:

> "humedal que presenta alguna porción de superficie dentro del límite urbano, no estando la totalidad del área contenida en él, indistintamente de su superficie". Asimismo, el límite urbano, de acuerdo al artículo 2° letra l) del Reglamento, corresponde a la línea imaginaria que delimita las áreas urbanas y de extensión urbana que conforman los centros poblados, diferenciándolos del resto del área comunal".

De forma complementaria, el reglamento de la Ley n.° 21202 dispone criterios para efectuar la delimitación de un humedal urbano. En particular, el artículo 8.° del reglamento señala que la delimitación de los humedales deberá considerar al menos uno de los siguientes criterios:

i) La presencia de vegetación hidrófita;
ii) La presencia de suelos hídricos con mal drenaje o sin drenaje; y/o
iii) Un régimen hidrológico de saturación, ya sea permanente o temporal, que genera condiciones de inundación periódica.

De esta manera, la concurrencia de cualquiera de estos criterios basta para justificar la existencia y extensión del humedal urbano en un área determinada, aun cuando no exista la presencia visible del resto de criterios[6].

2. Procedimiento administrativo para la declaración de humedales urbanos

La Ley n.° 21202 regula de forma escasa el procedimiento administrativo asociado a la declaración oficial de un humedal urbano, derivando a un reglamento la regulación del procedimiento iniciado mediante solicitud municipal, no considerando normas sobre el procedimiento iniciado de oficio por parte del MMA.

En este contexto, mediante el DS n.° 15/2020 del MMA que: "Establece Reglamento de la Ley N° 21.202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos" (reglamento), publicado con fecha 24 de noviembre de 2020, se reguló el procedimiento administrativo que debe instruir el Ministerio para declarar humedales urbanos a solicitud de las municipalidades y de oficio.

[5] Se ha señalado que la concepción amplia del carácter urbano de un humedal, en lo relativo a que este puede encontrarse total o parcialmente en el límite urbano, permitiría que una gran cantidad de humedales sean susceptibles de ser objeto de declaratoria: Jiménez (2021), p. 141.

[6] Tercer Tribunal Ambiental (2022), rol R-25-2021, considerando 50.°.

A continuación, se revisan los principales aspectos del procedimiento cuando existe solicitud municipal (artículos 6 a 12 del reglamento) y cuando es iniciado de oficio por el Ministerio (artículos 13 y 14 del reglamento), los que tienen elementos comunes y diferenciados.

2.1 Reglas comunes a cualquier procedimiento de declaración de humedales urbanos

De conformidad con el artículo 1.° de la Ley n.° 21202, los humedales urbanos son declarados por el MMA, ya sea que el procedimiento haya sido iniciado a petición municipal o de oficio, correspondiéndole también a tal autoridad ambiental la instrucción del procedimiento.

El procedimiento de declaratoria debe constar en un medio electrónico, resultando aplicable lo dispuesto en el artículo 18 incisos tercero y sexto de la Ley n.° 19880, que establece:

> "Todo el procedimiento administrativo deberá constar en un expediente electrónico, […] en el que se asentarán los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos [...]. Los expedientes electrónicos, a los que tendrán acceso permanente los interesados, contendrán un registro actualizado de todas las actuaciones del procedimiento, según lo señalado en el inciso tercero, que estará a disposición tanto en las plataformas electrónicas como en las dependencias de la Administración para su consulta".

Además, según lo dispuesto en los artículos 11 y 14 del reglamento, el procedimiento de declaratoria de humedales urbanos concluirá mediante una resolución exenta del MMA, la que será publicada en el *Diario Oficial* y en el sitio web del Ministerio, sea que haya sido iniciado a solicitud municipal o de oficio.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 1.° referido y los artículos 11 y 13 del reglamento, el procedimiento de declaratoria no podrá exceder el plazo de seis meses, contados desde la presentación de la solicitud municipal o desde la publicación en el *Diario Oficial* de la resolución exenta dictada por el MMA que dé cuenta del inicio del procedimiento de oficio. Al respecto, mediante dictamen n.° E271028 de 26 de octubre de 2022, la Contraloría General de la República dispuso que el MMA carece de la facultad de ampliar el plazo máximo de tramitación del procedimiento de declaratoria, salvo en caso fortuito (por ejemplo, COVID-19).

Finalmente, en relación con el régimen recursivo, el artículo 3.° de la ley y los artículos 12 y 14 del reglamento disponen que la resolución que resuelva la solicitud de reconocimiento de la calidad de humedal urbano puede ser reclamada ante el Tribunal Ambiental que ejerce jurisdicción en el territorio

donde se encuentra el humedal respectivo. El plazo para interponer la reclamación judicial es de treinta días, contados desde la notificación de la resolución que rechace la solicitud o desde su publicación en el *Diario Oficial* en caso que se declare el humedal urbano. Cabe destacar que el reglamento dispone que la interposición del reclamo de ilegalidad no suspenderá los efectos del acto administrativo impugnado.

2.2 Procedimiento de reconocimiento de humedales urbanos por solicitud municipal

2.2.1 Presentación de solicitud municipal

Respecto de la solicitud de reconocimiento de humedal urbano por parte de uno o más municipios, el reglamento precisa que se deberá presentar en la oficina de partes de la respectiva Secretaría Regional Ministerial (SEREMI) del Medio Ambiente, mediante oficio dirigido al ministro del Medio Ambiente, firmada por el alcalde del municipio.

La solicitud de la municipalidad dará origen a un expediente público, que contendrá los documentos y actuaciones que tienen relación directa con el reconocimiento de humedal urbano. El expediente debe ser llevado por el MMA a través de medios físicos y electrónicos, pudiendo accederse al mismo en las oficinas de la SEREMI respectiva y en la página web del Ministerio.

Cabe destacar que la solicitud de declaración de humedal urbano presentada por una municipalidad debe contener, a lo menos, la siguiente información:

i) Identificación y contacto del o los municipios solicitantes, e información de contacto del funcionario encargado del proceso y su subrogante.
ii) Antecedentes generales del humedal y su localización:
   a) Nombre o denominación del humedal;
   b) División político-administrativa a escala regional, provincial y comunal;
   c) La superficie total en hectáreas que comprenderá el área que se solicita sea reconocida como humedal urbano y
   d) Representación cartográfica digital del área objeto de la solicitud, que contenga la descripción del o los polígonos que se solicita reconocer como humedal urbano y las respectivas coordenadas geográficas por cada punto que las delimitan, así como el límite urbano de la comuna donde se localice el humedal. La delimitación de los humedales deberá considerar al menos uno de los siguientes criterios:
      i) la presencia de vegetación hidrófita;

ii) la presencia de suelos hídricos con mal drenaje o sin drenaje; o
iii) un régimen hidrológico de saturación ya sea permanente o temporal que genera condiciones de inundación periódica.

iii) Información complementaria del área propuesta:
a) Descripción de las características del humedal y
b) Identificación del régimen de propiedad y de la existencia de áreas afectadas a un fin específico por ley en el o los predios en los que se emplaza el humedal respecto del cual se solicita el reconocimiento.

La información complementaria que debe ser aportada por la municipalidad revela que la declaración de un humedal no solo debe atender a condiciones biológicas o ecosistémicas, sino que requiere ser contextualizada, caso a caso, para priorizar la acción de la administración en aquellos sectores que tengan algún grado de relevancia y la protección de los legítimos derechos e intereses preexistentes de terceros que pueden verse afectados.

2.2.2 Análisis de admisibilidad

De esta manera, una vez presentada la solicitud por parte de una municipalidad, dentro del plazo de quince días contados desde la presentación de los antecedentes, la SEREMI respectiva debe verificar que se cumpla la información mínima que debe ser acompañada.

Si la información proporcionada se encuentra incompleta o es insuficiente, la SEREMI solicitará al municipio complementar los antecedentes faltantes en un plazo de veinte días. En caso de no presentar los antecedentes en el plazo referido, se archivará la solicitud de declaratoria, pudiendo ingresarse una solicitud nueva en caso que se estime pertinente. Por otra parte, si la solicitud del municipio no es admitida a trámite, la SEREMI respectiva notificará a la municipalidad solicitante, indicando los fundamentos de la inadmisibilidad.

2.2.3 Periodo para presentar información adicional por parte de interesados

En cambio, si se cumplen los requisitos de admisibilidad, la SEREMI dictará una resolución mediante la cual se admite a trámite la solicitud, otorgando un plazo de quince días para que cualquier persona aporte antecedentes adicionales sobre el humedal urbano que se pretende declarar. Dichos antecedentes deberán entregarse por escrito en las oficinas de partes de la SEREMI respectiva o en formato digital en la casilla electrónica que el Ministerio habilite para tales efectos. Esta es la única disposición del reglamento que otorga el derecho a que terceros (personas naturales o jurídicas) puedan aportar ante-

cedentes útiles para la correcta delimitación del área que se pretende declarar como humedal urbano.

Cabe agregar que, para posibilitar la participación de interesados en la solicitud de declaración de un humedal urbano, el MMA debe publicar el primer día hábil de cada mes en el *Diario Oficial* y en el sitio web del Ministerio, el listado de las solicitudes de declaración de humedales urbanos admitidas a trámite en el mes anterior.

En este punto, es relevante hacer presente que el reglamento no establece ningún espacio de participación adicional para que terceros puedan aportar nuevamente antecedentes si es que existen modificaciones sustanciales al objeto de la declaración durante el procedimiento, como lo sería, por ejemplo, una ampliación del polígono original. Es decir, en caso de existir cambios sustantivos entre el polígono o superficie (hectáreas) del humedal propuesto al inicio del procedimiento y aquel humedal declarado en el acto terminal, el procedimiento no regula una instancia para que los interesados que ya participaron o nuevos terceros según sea el caso y que se vean afectados, puedan participar haciendo llegar antecedentes ante un cambio que, de ser sustantivo, obligue a tener presente nuevas perspectivas o antecedentes desde la ciudadanía.

2.2.4 Análisis de antecedentes

Luego de declarada admisible la solicitud de reconocimiento del humedal urbano, la SEREMI correspondiente debe realizar un análisis técnico de los antecedentes presentados por la municipalidad, con el objetivo de evaluar la adecuada delimitación y caracterización del humedal, y que se encuentre total o parcialmente dentro del límite urbano. En caso de existir deficiencias en la información presentada por el municipio, la SEREMI puede solicitar aclaraciones o rectificaciones de los antecedentes entregados, remitiendo sus observaciones a la respectiva municipalidad para que sean subsanadas en un plazo de treinta días. En este contexto, si la municipalidad no presenta los antecedentes en el plazo señalado, la SEREMI archivará la solicitud de declaratoria. En caso que la municipalidad subsane las observaciones realizadas, la SEREMI remitirá los antecedentes al MMA.

2.2.5 Acto terminal que se pronuncia sobre la declaratoria del humedal urbano

Una vez completadas las etapas anteriores, el MMA se pronunciará respecto de la solicitud de reconocimiento de la calidad de humedal urbano mediante resolución fundada, la que deberá ser publicada en el *Diario Oficial* y en el sitio web del Ministerio del Medio Ambiente.

2.3 Procedimiento de reconocimiento de humedales urbanos de oficio por el Ministerio del Medio Ambiente

El reglamento dispone que el Ministerio iniciará el procedimiento de declaración de oficio mediante una resolución que identifique el humedal y otorgue un plazo de quince días, contado desde su publicación en el *Diario Oficial*, para que cualquier persona aporte antecedentes adicionales respecto del humedal que se pretende declarar. Es decir, en los procedimientos iniciados de oficio, el MMA no está obligado a presentar la información técnica señalada en el artículo 8.° del reglamento y que sí deben presentar las municipalidades. Al respecto, cabe señalar que, en la práctica, el Ministerio publicó inicialmente solo un polígono del humedal y una tabla con coordenadas, sin información que sustente técnica y jurídicamente la delimitación propuesta y que pueda ser contrastada por los interesados y posibles afectados.

En este contexto, luego de la publicación de la resolución que da inicio al procedimiento declaratorio de oficio, los interesados en el procedimiento podrán entregar antecedentes por escrito en la oficina de partes del Ministerio o en la SEREMI correspondiente, o en formato digital en la casilla electrónica dispuesta por el Ministerio para tales efectos.

Luego, el Ministerio debe realizar un análisis técnico de los antecedentes presentados por los interesados. Por último, el procedimiento de declaración de oficio concluirá con una resolución dictada por el MMA que pronuncie respecto de la declaratoria del humedal.

3. Órgano interviniente

Ya sea que el procedimiento de declaratoria haya sido iniciado de oficio o por solicitud municipal, la decisión de declarar un área o no como humedal urbano mediante un acto terminal corresponde solo al MMA. Este diseño dispuesto por la Ley n.° 21202 constituye una excepción a lo establecido en la letra c) del 71 de la Ley n.° 19300, que dispone, como regla general, que corresponde al Consejo de Ministros para la Sustentabilidad (CMS) proponer al Presidente de la República la creación de áreas protegidas y demás áreas sujetas a protección oficial.

Precisamente, de acuerdo con la página web del MMA[7], el CMS se ha pronunciado sobre diversas áreas protegidas, incluyendo: santuarios de la naturaleza, parques nacionales, reservas nacionales, monumentos naturales, reservas forestales, parques marinos, reservas marinas, áreas marinas costeras protegidas de múltiples usos, entre otras.

[7] https://mma.gob.cl/consejo-de-ministros-para-la-sustentablidad/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

Este diseño dispuesto en la Ley n.° 21202, donde la decisión se radica de forma exclusiva en el MMA, que deberá pronunciarse mediante una resolución exenta, y no por medio de un decreto supremo, como sucede con las áreas respecto de las cuales se pronuncia el CMS, determina la exclusión de otros ministerios de la coordinación intersectorial que requiere este tipo de decisiones ambientales.

Producto de la exclusión de dicho órgano deliberativo de carácter colegiado y multisectorial, en el que se someten a discusión distintos proyectos de ley y actos administrativos de distintos órganos de la Administración del Estado de naturaleza ambiental, se prescinde de la adecuada consideración de las diferentes perspectivas que existen sobre la regulación ambiental al interior de un gobierno, haciendo más compleja la posterior implementación de decisiones que afectan distintos derechos e intereses, siendo muestra de ellos las diversas reclamaciones en materia de humedales urbanos presentadas ante los tribunales ambientales[8].

Al no contar con el conocimiento y eventual anuencia, ya sea de los restantes ministros como del Presidente de la República, "se genera un peligroso incentivo: obtener mediante la regulación sectorial todo lo que no se puede a través de la ambiental"[9]. En otras palabras, con este tipo de regulación, se huye de la "sustentabilidad", pudiendo declararse humedales sin el "sello"[10], formal y material, que entrega este organismo, generando un "sesgo" regulatorio que es importante evitar, especialmente en cuanto a regulaciones "contradictorias" e "incompatibles"[11].

Este diseño, carente de coordinación intersectorial, es acrecentado por la práctica administrativa del MMA, pues durante los procedimientos de declaratoria de humedales urbanos la autoridad ambiental suele no oficiar al resto de los servicios públicos cuya participación resulta no solo útil, sino necesaria para la correcta determinación de un humedal. Es en ese marco, en que la ponderación de las competencias e iniciativas públicas y privadas de otros servicios cobra vital importancia para una correcta decisión, permitiendo resguardar la coordinación, cooperación y colaboración mínima en este

[8] Hasta fines de octubre de 2022 se habían presentado, a lo menos, setenta y una reclamaciones judiciales ante los tribunales ambientales por diversas personas naturales y jurídicas, para impugnar treinta y dos de los noventa humedales declarados por el Ministerio del Medio Ambiente hasta tal fecha, véase www.terram.cl/2022/11/las-razones-tras-las-decenas-de-reclamaciones-interpuestas-contra-declaratorias-de-humedales-urbanos/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

[9] Véase Guiloff (2016), p. 236.

[10] Irarrázabal y Barros (2016), p. 27.

[11] Véase, en ese sentido, en función del papel coordinador que dicha instancia tiene: Guiloff (2010).

tipo procedimiento, tal como ocurre en otras de naturaleza regulatoria-ambiental[12].

4. Efectos de la declaratoria

La Ley n.° 21202 generó grandes cambios y avances en materia de protección de los humedales ubicados en entornos urbanos, mediante la modificación de la normativa ambiental y urbanística con el objetivo de proteger estos ecosistemas. Dentro de las modificaciones en material ambiental dispuestas en la Ley n.° 21202, son especialmente relevantes los efectos que genera la declaración oficial de un humedal urbano en materia de evaluación ambiental y fiscalización y sanción ambiental, conforme se revisa a continuación.

4.1. Obligación de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Una de las modificaciones más relevantes dispuestas en la Ley n.° 21202 son los cambios en materia de ingreso obligatorio al SEIA, en relación con proyectos o actividades que puedan afectar a los humedales urbanos (declarados y no declarados). En este sentido, la ley dispone tres hipótesis de ingreso al SEIA por medio de la modificación del artículo 10 de la Ley n.° 19300, que establece las tipologías y causales de ingreso a evaluación ambiental, las cuales se revisan a continuación de forma breve.

4.1.1 Humedal urbano como área colocada bajo protección oficial (letra p) del artículo 10 de la Ley n.° 19300)

La Ley n.° 21202 incorporó el término "humedal urbano" en el literal p) del artículo 10 de la Ley n.° 19300, lo cual implica que el espacio geográfico o polígono de los humedales urbanos corresponden a un área de colocada bajo protección oficial para efectos del SEIA.

[12] Son pocos los casos en que el MMA ha oficiado a otros servicios públicos durante el procedimiento de declaración de un humedal urbano. Un caso paradigmático corresponde a la tramitación de la declaratoria del humedal urbano "Sistema de Lagunas de Llolleo Ojos de Mar", mediante Of. Ord. n.° 212743 de fecha 26 de julio de 2021, en aplicación del artículo 37 bis de la Ley n.° 19880, el MMA solicitó al Ministerio de Vivienda y Urbanismo: "con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración en el procedimiento de reconocimiento del Humedal Urbano Sistema de Lagunas de Llolleo 'Ojos de Mar', se solicita pueda a la luz de la normativa urbanística informar acerca de las competencias municipales en materia de planificación y regulación urbanística, y, en específico, en relación con las "obras de infraestructura de transporte, sanitaria y energética que efectúe el Estado" asociadas a los permisos de construcción y urbanización, indicando los límites que dichas atribuciones tienen en esos casos".

4.1.2 Afectación de componentes de un humedal por medio de determinadas acciones (letra s) del artículo 10 de la Ley n.º 19300)

La Ley n.° 21202 incorporó la letra s) como nuevo literal en el artículo 10 de la Ley n.° 19300, de tal manera que los proyectos o actividades que configuren la siguiente hipótesis deben ingresar al SEIA:

> "s) Ejecución de obras o actividades que puedan significar una alteración física o química a los componentes bióticos, a sus interacciones o a los flujos ecosistémicos de humedales que se encuentran total o parcialmente dentro del límite urbano, y que impliquen su relleno, drenaje, secado, extracción de caudales o de áridos, la alteración de la barra terminal, de la vegetación azonal hídrica y ripariana, la extracción de la cubierta vegetal de turberas o el deterioro, menoscabo, transformación o invasión de la flora y la fauna contenida dentro del humedal, indistintamente de su superficie".

4.1.3 Aplicación masiva de productos químicos en humedales (letra q) del artículo 10 de la Ley n.º 19300)

La Ley n.° 21202 reemplazó el literal q) del artículo 10 de la Ley n.° 19300, incorporando el concepto de 'humedales' dentro de esta tipología, de acuerdo con el siguiente tenor:

> "q) Aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados, humedales, o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas".

4.2 Facultades de fiscalización y sanción de la Superintendencia del Medio Ambiente en relación con los humedales urbanos

Las modificaciones realizadas mediante la Ley n.° 21202 en materia de ingreso obligatorio al SEIA inciden de manera directa en las funciones de fiscalización y sanción ambiental propias de la SMA, específicamente en su papel de fiscalización y sanción respecto de hipótesis de elusión del SEIA, en relación con las tipologías asociadas a los humedales urbanos o prevenir situaciones de riesgo de daño inminente a estos ecosistemas.

En este sentido, de conformidad con el artículo 3.° de la LOSMA, letras i) y j), la SMA tiene la facultad de requerir, previo informe del SEA, mediante resolución fundada y bajo apercibimiento de sanción, a los titulares de proyectos o actividades (o sus modificaciones de consideración) que debían someterse al SEIA y no cuenten con una RCA, a que ingresen de forma obligatoria a evaluación ambiental.

En particular, el requerimiento de ingreso al SEIA es una medida correctiva que puede ordenar la SMA en el marco de sus facultades de fiscaliza-

ción, mediante el inicio de un procedimiento administrativo con el objetivo de determinar, previo traslado al requerido, que existió una elusión del SEIA, y ordenar el ingreso obligatorio a evaluación ambiental en caso de ser efectiva tal infracción ambiental.

Por lo tanto, en caso que la SMA estime que un titular ha eludido el SEIA alguna de las tipologías dispuestas en las letras p), q) y s) del artículo 10 de la Ley n.° 19300, iniciará un procedimiento de requerimiento de ingreso al SEIA, pudiendo o no, de conformidad con los antecedentes del procedimiento, obligar al titular ingresar a evaluación ambiental.

Por otro lado, la SMA tiene la facultad de imponer sanciones ante la configuración de diversas infracciones ambientales, dentro de las cuales se encuentran las hipótesis de elusión del SEIA e incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental, de acuerdo con el artículo 35 letras a) y b) de la LOSMA. De esta forma, la SMA puede iniciar un procedimiento sancionatorio en contra de un titular por la elusión del SEIA respecto de las tipologías vinculadas a los humedales urbanos o si el incumplimiento de la RCA se encuentra vinculado a estos entornos urbanos protegidos.

Además, la SMA también tiene la facultad, de oficio o a petición de terceros, de dictar la ejecución de medidas provisionales, antes (preprocedimentales) o una vez iniciado un procedimiento sancionatorio (procedimentales), con el objetivo de evitar un daño inminente a los humedales urbanos o a la salud de las personas, de conformidad con el artículo 48 de la LOSMA.

En este caso, la SMA deberá fundar la configuración de los requisitos de las medidas provisionales en materia ambiental:

i) existencia de un daño inminente a los humedales urbanos o a la salud de las personas (*periculum in mora*);
ii) antecedentes fundantes que den cuenta de la comisión de una infracción ambiental (*fumus boni iuris*) y
iii) medidas sean proporcionales, velando porque no causen perjuicios de difícil reparación a los interesados o violen derechos amparados por el ordenamiento jurídico.

En particular, de acuerdo con el artículo 48 de la LOSMA, la autoridad ambiental puede dictar una o más de las siguientes medidas, no siendo un catálogo taxativo sino, más bien, una enumeración genérica[13]:

a) Medidas de corrección, seguridad o control que impidan la continuidad en la producción del riesgo o del daño;
b) Sellado de aparatos o equipos;
c) Clausura temporal, parcial o total, de las instalaciones;

[13] Bermúdez (2014), p. 501.

d) Detención del funcionamiento de las instalaciones;
e) Suspensión temporal de la resolución de calificación ambiental y
f) Ordenar programas de monitoreo y análisis específicos que serán de cargo del infractor.

De esta manera, las modificaciones dispuestas mediante la Ley n.° 21202 no solo tiene efectos relevantes en materia de ingreso obligatorio al SEIA, sino, además, importan en materia de fiscalización y sanción ambiental.

II. Aplicabilidad de la ley de bases de procedimiento administrativo (Ley n.° 19880)

1. Supletoriedad

En primer lugar, de forma previa a analizar la congruencia y motivación en materia administrativa, es necesario determinar si las reglas y principios dispuestos en la Ley n.° 19880 (LBPA) resultan o no aplicables al procedimiento especial de declaratoria de humedales urbanos. Al respecto, el artículo 1.° de la LBPA establece la regla de supletoriedad de la misma respecto de procedimientos administrativos especiales.

Además, cabe tener en cuenta que la Corte Suprema ha fallado[14], siguiendo a la doctrina[15], que existen tres grados de supletoriedad de la LBPA:

i) primer grado, cuando el legislador no regula procedimiento específico alguno;
ii) segundo grado, cuando la ley regula en forma parcial un procedimiento administrativo, abarcando solo parte del régimen jurídico del acto y
iii) tercer grado, cuando la norma legal regula en forma completa el procedimiento y régimen jurídico del acto, desde su inicio, hasta su extinción y revisión.

En el presente caso, nos encontramos ante una supletoriedad entre el primer y el segundo grado, pues la Ley n.° 21202 regula de forma escasa el procedimiento administrativo de declaración de humedal urbano de oficio por parte del MMA y remite a un reglamento la regulación del procedimien-

[14] Corte Suprema (2019), rol n.° 12.907-2018, Andes Iron SpA con Servicio de Evaluación Ambiental, considerando 30.°. En el mismo sentido: Corte Suprema (2018), rol n.° 38.519-2017, Asesorías e Inversiones Eufrasia Limitada con Dirección General de Aguas, considerando 14.°; Corte Suprema (2017), rol n.° 62.128-2016, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerado 12.°: Corte Suprema (2015), rol n.° 29.714-2014, Sociedad Contractual Minera Copiapó con Dirección General de Aguas, considerando 8.°.

[15] Cordero (2015), pp. 355-356.

to asociado a las solicitudes de municipalidades, derivando, de esta forma, la regulación del procedimiento administrativo a una norma de carácter reglamentario.

En este contexto, no cabe duda que ante la regla de supletoriedad dispuesta en el artículo 1.° de la LBPA, la escasa regulación procedimental que la LHU dispone para el procedimiento administrativo de declaración de humedales urbanos, y la remisión de su regulación a una norma de carácter reglamentario, implican que las disposiciones de la LBPA y sus principios son aplicables de forma directa al procedimiento de la LHU.

Por lo demás, los artículos 9.° y 17 del reglamento de la LHU hacen aplicable de forma expresa algunas disposiciones de la LBPA. Además, el MMA ha utilizado la LBPA para ampliar el plazo máximo dispuesto para la tramitación de la declaratoria de un humedal.

Precisamente, la aplicación supletoria de la LBPA en relación con el procedimiento de declaración de humedales ha sido corroborada por el Segundo Tribunal Ambiental, al señalar:

> "[...] el procedimiento de declaración de humedales urbanos es de carácter administrativo, por lo que se encuentra sujeto a las disposiciones de la Ley N° 19.880, supletoria en la especie"[16].

Por otro lado, cabe señalar que la Corte Suprema ha relevado el carácter de norma básica de la LBPA y su supletoriedad, concluyendo que los fines de una ley especial no pueden soslayar los principios dispuestos en el cuerpo normativo referido:

> "[...] el carácter de norma básica que ostenta la Ley Nº 19.880, que determina su aplicación supletoria, no significa desconocer la particularidad de los fines perseguidos por los órganos consagrados en leyes especiales [...], puesto que la especialidad de los fines de modo alguno puede significar que se soslayen los principios normativos elementales consagrados en la referida ley de bases, puesto que aquellos constituyen una garantía en favor de los particulares frente a la Administración. Esta es la situación de los principios conclusivo, de contradictoriedad, impugnabilidad, transparencia y publicidad establecidos en los artículos 8, 10, 15 y 16 de la aludida ley, pues ellos son una expresión del debido proceso administrativo, cuyo respeto es obligatorio para los órganos del Estado [...]"[17].

[16] Segundo Tribunal Ambiental (2022), rol R-297-2021, considerando 11.°.

[17] Corte Suprema (2017), rol n.° 62128-2016, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, considerando 14.°.

En definitiva, la mínima regulación procedimental que la Ley n.° 21202 dispone para el procedimiento administrativo de declaración de humedales urbanos, y la remisión de su regulación a una norma de carácter reglamentario que, por lo demás, no aborda con suficiente completitud estas materias, implican que las disposiciones de la Ley n.° 19880 son aplicables a este procedimiento administrativo especial.

En consecuencia, al ser aplicable la LBPA al procedimiento de declaración de un humedal urbano, rige respecto de este toda la legislación que sea conciliable con dicho procedimiento y que permita un justo y racional procedimiento. De esta manera, resultan plenamente aplicables los principios que rigen a todo procedimiento administrativo, como el de: congruencia administrativa, motivación del acto, contradictoriedad, coordinación, imparcialidad, transparencia, publicidad e igualdad, entre otros.

La aplicación supletoria de la LBPA en relación con este procedimiento administrativo especial ha sido asentada por los tribunales ambientales, quienes han concluido:

> "[...] el procedimiento de declaración de humedales urbanos es de carácter administrativo, por lo que se encuentra sujeto a las disposiciones de la Ley N° 19.880, supletoria en la especie"[18].

No obstante, la implementación administrativa del procedimiento de declaración de humedales urbanos no ha observado debidamente los principios dispuestos en la LBPA, en especial el de congruencia administrativa en relación con los principios de participación y coordinación.

2. Congruencia

Habiendo explicando que la LBPA puede y debe ser aplicada supletoriamente, la congruencia del procedimiento adquiere una relevancia esencial. Ello porque en todo procedimiento administrativo debe existir coherencia entre su inicio y su término. Por lo tanto, debe existir una necesaria conexión "lógica, procedimental y argumentativa [...] entre cada uno de los actos administrativos emanados en la substanciación del procedimiento"[19]. En ese sentido, Luis Cordero ha indicado que la congruencia en el procedimiento administrativo significa

> "[...] que debe existir una conformidad entre el inicio del procedimiento y la resolución final, de modo que no se resuelvan en defini-

[18] Segundo Tribunal Ambiental (2022), rol. R-297-2021, considerando 11.°. En el mismo sentido: Segundo Tribunal Ambiental (2022), rol. R-339-2022, considerando 5.°.

[19] Osorio (2022), p. 242.

> tivas cuestiones ajenas a las que constan en el procedimiento o a lo solicitado por los interesados"[20].

En la configuración de este principio en los procedimientos de declaratoria de humedales urbanos, así como en todo procedimiento de carácter administrativo, el artículo 11 de la LBPA cumple un papel primordial, al disponer:

> "[…] los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio […]".

De igual forma, el artículo 41 inciso segundo de la misma ley dispone:

> "Cuando en la elaboración de la resolución final se adviertan cuestiones conexas, ellas serán puestas en conocimiento de los interesados, quienes dispondrán de un plazo de quince días para formular las alegaciones que estimen pertinentes y aportar, en su caso, medios de prueba. Transcurrido ese plazo el órgano competente decidirá sobre ellas en la resolución final".

Por cuestiones conexas puede entenderse, como de hecho ocurre en los procedimientos que se declaran humedales urbanos, aquellas que, relacionadas con la materia tratada en el procedimiento administrativo en cuestión, difieren sustancialmente de aquellas cuestiones tomadas en consideración al inicio del mismo, las que no han sido conocidas ni discutidas por los interesados. En este sentido, una cuestión conexa del procedimiento de declaratoria, por ejemplo, corresponde a la hipótesis en que la superficie de un humedal urbano aumenta de forma considerable en relación con el polígono original, implicando, incluso, que algunos eventuales interesados, se restasen de participar al no ver comprometidos sus intereses o derechos, pero que luego, al conocer el polígono final, se percatan del cambio sustantivo del área declarada que ahora sí los afecta.

Se sigue de lo anterior, al menos del tenor literal de la disposición transcrita, que esta no está redactada en términos facultativos como otras disposiciones de la ley, omitiendo expresiones tales como "podrá", sino que, de una forma imperativa, fijando una obligación para la administración en caso de existir cuestiones conexas, debiendo ponerlas en conocimiento de los interesados.

A la fecha existe un conjunto de procedimientos que se han iniciado con una propuesta específica de polígono inicial. Sobre la base de esa propo-

[20] Cordero (2003), p. 81.

sición distintos interesados han participado y hecho llegar sus antecedentes. Luego, el procedimiento ha avanzado y según ya ha ocurrido en algunos procedimientos ("Humedales Antiñir"[21], "Humedal Mallinco Abtao Lawal"[22], "Humedal Valle Volcanes"[23] y "Humedal Las Quemas"[24], todos de la Región de Los Lagos, "Humedal El Tranque de La Dehesa 1 y 2", Región Metropolitana[25]), esos polígonos se extienden, en algunos casos, en cuatro o hasta diez veces la definición inicial.

Quienes no se veían afectados por la declaratoria inicial del humedal urbano no se apersonaron dentro del procedimiento, pues no observaban algún interés o derecho potencialmente afectado. Pero con cambios de magnitud en lo cuantitativo como los ejemplificados, el MMA ha decido de igual forma avanzar y declarar humedales urbanos cuya extensión ha variado sustantivamente respecto de la propuesta original.

No cabe duda que el MMA puede modificar el polígono preliminar y extenderlo si existe justificación técnica, pero para eso debe cumplirse un requisito esencial: permitir que nuevos interesados puedan hacer llegar antecedentes técnicos, siendo necesario, en ese caso, iniciar un nuevo procedimiento o por eficiencia procedimental, informar que se dará inicio a una nueva instancia para remitir documentos, antecedentes u oposiciones que estimen, en función del nuevo polígono que se proponga.

Precisamente porque la participación pública es relevante en los asuntos ambientales[26], lo que ha sido ratificado de forma consistente por la Corte Suprema[27], es que el MMA, tal como ya lo está haciendo el Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) en materia de evaluación ambiental, debe considerar que, ante cambios sustantivos de polígono, la congruencia del procedimiento debe ser resguardada, en especial si hay interesados en la decisión que se adopte.

Es decir, no se trata de ser estrictos o inflexibles con el punto de partida y de llegada del procedimiento administrativo, sino de asegurar a quienes participan o se han restado de manera legítima de este, de que lo que han co-

[21] https://humedaleschile.mma.gob.cl/procesos-de-oficio/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

[22] *Ibid*.

[23] *Ibid*.

[24] https://humedaleschile.mma.gob.cl/procesos-municipales-region-de-los-lagos/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

[25] https://humedaleschile.mma.gob.cl/procesos-municipales-region-metropolitana-de-santiago/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

[26] Bermúdez (2010), pp. 571-596.

[27] Corte Suprema (2017), rol n.° 55.203-2016, Stipicic Escauriaza Maria Javiera con director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

nocido y observado sea congruente con la decisión que la autoridad adopte al término del procedimiento.

En otras palabras, no hay razones para que la congruencia del procedimiento y la participación ciudadana (en su sentido amplio y entendida para todos) sean sacrificadas en pos de decisiones que perfectamente pueden cumplir con dichos estándares. Las personas no pueden quedar en la indefensión ante cambios tan sustantivos a un humedal urbano sin poder participar y aportar antecedentes para hacer valer sus legítimos derechos e intereses. De haber cambios en el polígono, debe haber una nueva instancia para hacer observaciones o hacer llegar antecedentes, tal como ocurre en materia de participación ciudadana en el SEIA: si se modifica una medida de mitigación vinculada a un impacto significativo, entonces se abre una nueva instancia de participación ciudadana. No hay razones para que, en materia de humedales urbanos, no se siga el mismo criterio, ya plasmado legislativamente en el artículo 30 bis de la Ley n.° 19300, donde, incluso, se suspende el procedimiento mientras dicha instancia se ejecuta.

3. Motivación

La motivación constituye una formalidad hoy considerada esencial del acto administrativo[28], que puede ser explicitada o no[29]. La Corte Suprema ha declarado, por ejemplo: "[…] siendo el motivo uno de los elementos del acto administrativo […]", la fundamentación de un acto administrativo:

> "puede ser conceptualizado como 'los hechos objetivos, anteriores y exteriores del acto y cuya existencia ha llevado a su dictación'. Como todos los elementos del acto, puede ser objeto de control por el juez. Dicho control puede referirse a motivos legales, cuando la norma exige la existencia de determinados motivos para la dictación del acto administrativo […]"[30].

De igual forma, el artículo 41 de la Ley n.° 19880 dispone que toda decisión de un órgano de la administración del Estado debe ser "fundada".

Siendo la fundamentación un requisito general de todo acto administrativo terminal, en materia de humedales urbanos, la declaración como humedal de una determinada porción de territorio urbano de acuerdo con la ley y al reglamento, debe considerar la concurrencia de los siguientes elementos:

[28] Boquera (1986), p. 218 ss. y Vergara (2002), pp. 343-351.

[29] Véase Vallina (1967), p. 49.

[30] Corte Suprema (2017), rol n.° 95016-2016, Moraga con Superintendencia de Pensiones, considerando 6.°.

i) Se encuentre en área urbana y
ii) Se trate de un humedal de acuerdo con el artículo 2.° de la LHU, para lo cual debe;
iii) Tener presencia de vegetación hidrófita o
iv) Presencia de suelos hídricos con mal drenaje o sin drenaje o, bien,
v) Un régimen hidrológico de saturación, ya sea permanente o temporal que genera condiciones de inundación periódica.

Lo anterior debe ser congruente con el polígono original, mediante una metodología apropiada y conocida por todos, y con un expediente transparente y público. Todo ello, bajo el entendido que permita, a cualquier persona que revise el expediente, poder conocer todas sus partes. Pues si los motivos que se explicitan no existieron y estos son los habilitadores de la decisión, dicho administrativo se torna ilegal[31]. De igual forma:

> "[...] un acto administrativo carece de base legal cuando ha sido motivado por hechos cuya ocurrencia no ha sido demostrada, de suerte que éste queda despojado de su causa. En efecto, como se ha expuesto en doctrina: las decisiones administrativas deben necesariamente tener un motivo, el que para algunos equivale a su causa, concebida como la situación puramente objetiva que determina el acto administrativo y le sirve de base"[32].

Al respecto, en materia de humedales urbanos, se ha resuelto lo siguiente:

> "[...] en aquellos casos en que exista una diferencia entre aquello que se pide en la solicitud y lo que finalmente se reconoce en la declaración oficial de un humedal urbano, justifica aún más el deber de que este tipo de resoluciones sean debidamente fundamentadas, inteligibles y, sobre todo, autosuficientes, de manera que cualquier interesado pueda comprender por qué se arribó a dicha decisión, asegurando con ello y en forma oportuna, el control del acto administrativo de parte de los eventuales afectados, la ciudadanía y de la judicatura ambiental"[33].

Por lo tanto, si se altera la congruencia procedimental, al añadirse elementos originalmente no previstos y estos no se ponen en conocimiento de las par-

[31] Corte Suprema (2017), rol n.°3598-2017, Pey con ministro Secretario General de Gobierno y otra, considerandos 15.° y 16.°.

[32] Corte Suprema (2010), rol n.° 4275-2010, Pinto con alcalde de la Municipalidad de Las Condes, considerando 5.°.

[33] Segundo Tribunal Ambiental (2022), rol 339-2022, considerando 18.°.

tes, o se modifica de forma sustancial la idea matriz que motiva el procedimiento sin tampoco poner en atención a quienes han participado haciendo llegar antecedentes respecto de un polígono determinado, el que luego es alterado de manera diametral, ello también termina por afectar un justo y racional procedimiento y, por consiguiente, a la motivación propia del acto terminal que finaliza el procedimiento. De esto modo, la alteración de la congruencia puede afectar la motivación del acto terminal, siendo un vicio que lo contamina, pudiendo ameritar la anulación del acto si así lo dispone un tribunal.

III. Congruencia procedimental y sus efectos en la participación de los interesados

Habiendo explicado la importancia de la congruencia en el procedimiento administrativo al declarar humedales urbanos y sus efectos en cuanto a la motivación del acto terminal que los declara, a continuación se expone el principal efecto que se produce cuando esta garantía procedimental no es respetada: la vulneración de la participación de los interesados en el procedimiento.

Conforme a lo señalado previamente, el procedimiento para declarar humedales urbanos contempla una instancia en que los interesados pueden hacer valer antecedentes. Para ello, cuentan con un plazo de quince días hábiles. Al participar, lo hacen bajo el entendido de que el polígono propuesto es sobre el cual la autoridad pretende declarar un humedal urbano. Es esa superficie sobre la cual se discute y aportan antecedentes. Son esas hectáreas sobre las que se pretende fijar un área que finalmente será protegida y sobre la cual existirá una limitación, tanto al derecho de dominio como al desarrollo de actividades económicas.

Es decir, de haber un cambio sustantivo entre el polígono que los interesados conocen y respecto del cual deciden participar, y el polígono final declarado, extendiendo su superficie y afectando a nuevos interesados, sea que estos sean propietarios o tengan otra relación con el nuevo polígono (como ocurre con aquellos que son propietarios o desarrollan actividades con cierto nivel de cercanía o proximidad al polígono), lo que corresponde, por economía procedimental, es abrir una nueva instancia de participación para que se apersonen los mismos o nuevos interesados o, en su defecto, se reinicie el procedimiento.

Además, la posibilidad de poder aportar información por parte de los interesados y, en definitiva, participar en el procedimiento administrativo, se relaciona también con el principio de contradictoriedad y el derecho de los regulados a formular alegaciones ante la administración, tal como lo ha relevado el Segundo Tribunal Ambiental, al concluir:

> "[...] de la lectura armónica de las disposiciones de la Ley N° 21.202 y su reglamento, en relación con aquellas de la Ley N° 19.880, se desprende que tratándose de los interesados en el procedimiento administrativo de declaración de humedales, la formulación de alegaciones –derivado del principio de contradictoriedad– constituye un derecho básico, así como la presentación de antecedentes y elementos de juicio, estando obligada la Administración a resolver las alegaciones y considerar los antecedentes aportados en la resolución final, la que debe ser fundada"[34].

En el mismo sentido, la Corte Suprema ha concluido que el principio de contradictoriedad supone la garantía de los regulados a formular alegaciones, defender sus intereses y aportar antecedentes, quedando obligada la administración a considerarlos al emitir su pronunciamiento, destacando que la observancia de tal principio referido, así como los principios de impugnabilidad, transparencia y publicidad, propios del debido proceso administrativo, deben ser observados de forma obligatoria[35].

Precisamente, lo que está en juego no es la mera formalidad del procedimiento ni la búsqueda de una perfección o pureza inexistente, sino el debido proceso administrativo (justo y racional) que permita a todos los interesados e, incluso, a otros servicios públicos en caso de haber sido oficiados (principio de coordinación), a participar en igualdad de condiciones durante su tramitación. No debe olvidarse que mantener una debida congruencia procedimental también permite que los órganos de la administración del Estado, que hayan sido oficiados y que hicieron sus observaciones, puedan, también, volver a ser requeridos en caso que la superficie cambie, ya que la declaración puede afectar decisiones o proyectos públicos que otros servicios públicos están desarrollando, ya sea en el ámbito de la planificación territorial (diseño de una vía troncal o expresa) o en el ámbito de un proyecto o actividad de iniciativa pública (proyecto de viviendas sociales para sectores vulnerables o un embalse para enfrentar la sequía en una provincia), lo que también debe ser ponderado y compatibilizado.

Cuando el humedal urbano "Antiñir" se extiende desde 9,5 hectáreas (propuesta inicial) a 41,6 (acto terminal) o cuando el humedal urbano "Mallinco Abtao Lawal" (ex Artesanos), pasa de veintiuna hectáreas (propuesta inicial) a 93,9 (acto terminal), quienes participaron o se marginan del procedimiento al no verse afectados, lo hacen bajo el supuesto del polígono inicial. Al aumentar en cuatro o cinco veces la extensión de un humedal y afectar a

[34] Segundo Tribunal Ambiental (2022), rol R-297-2021, considerando 12.°.
[35] Corte Suprema (2022), rol n.° 4.635-2022, considerando 4.°.

nuevos interesados, se afecta el principio participativo que la Constitución Política de la República (artículo primero inciso final), la Ley n.° 19300 y el reciente Acuerdo de Escazú disponen en cuanto a la participación de la ciudadanía y el acceso a la información que dicho expediente administrativo debe contener.

Por lo tanto, la congruencia procedimental debe ser entendida como un requisito para que esa participación pública y la debida coordinación administrativa, cuya fuente normativa descansa, por lo demás, en la Ley n.° 18575 (artículo 3.° inciso segundo), operen y permitan una mejor decisión, la que cuente con distintos ángulos, tanto desde una perspectiva ciudadana como pública, todo, para tener más y mejores humedales urbanos declarados mediante el acto administrativo debidamente fundado.

Conclusiones

El procedimiento de declaración de humedales urbanos presenta diversos espacios no regulados y deficiencias. Para ello, la LBPA, como norma supletoria, ofrece mecanismos y soluciones integradoras para suplir parte de sus déficits. Una de estas deficiencias, es el vacío que se presenta ante cambios sustantivos en los polígonos que finalmente se declaran como humedales urbanos, no manteniéndose la debida congruencia en el procedimiento administrativo. La exigencia de esta coherencia procedimental es esencial, pues los derechos de las personas y la opinión fundada de otros servicios públicos es muy relevante para tener polígonos con una debida fundamentación del área que se pretende declarar, afectándose, si no se presta cuidado a lo anterior, una garantía constitucional fundamental: el derecho a un justo y racional procedimiento (artículo 19 n.° 3 de la Constitución Política de la República).

Lo anterior no requiere de una reforma legal o la presentación de un proyecto de ley. Simplemente, implica gestionar de forma adecuada el procedimiento dispuesto en la ley y en el reglamento, utilizando las nomas, principios y estándares que la LBPA dispone y los criterios jurisprudenciales que la Corte Suprema ha desarrollado hace años en materia de participación ciudadana.

Aún es tiempo de innovar y mejorar el procedimiento de declaratoria de humedales en lo que respecta a la racionalidad, participación y coordinación deseables en la declaración de estas áreas. En la medida que mayor congruencia se añada a estos procedimientos, habrá más justicia, coherencia y colaboración pública y privada, reduciéndose la actual litigiosidad, pudiendo afianzarse cada humedal urbano, tanto en el derecho como en los hechos, es decir, que sea reconocido por todos como una decisión legítima cuyo valor intrínseco vale la pena apreciar y defender.

Bibliografía

Astorga, Eduardo (2017): *Derecho ambiental chileno. Parte general* (Santiago: Editorial Thompson Reuters, quinta edición).

Bermúdez, Jorge (2010): "El acceso a la información pública y la justicia ambiental", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* n.º 34, 2010: pp. 571-596.

Bermúdez, Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición).

Boquera, José María (1986): *Derecho administrativo*. Tomo 1 (Madrid: Civitas).

Cordero, Luis (2003): *El procedimiento administrativo* (Santiago: Lexis Nexis).

Cordero, Luis (2015): *Lecciones de derecho administrativo* (Santiago: Editorial Thomson Reuters, segunda edición).

Delgado, Verónica (2021): "La ley de humedales urbanos en Chile: el tránsito desde 'pantanos infecciosos' a valiosos ecosistemas dignos de protección (y restauración)", *Anuario de Derecho Público 2021* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales): pp. 545-570.

Guiloff, Matías (2010): "Coordinación sin sesgos: la regulación en la nueva institucionalidad ambiental", *Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental* (Santiago: Universidad de Chile).

Guiloff, Matías (2016): "Nueva institucionalidad ambiental: hacia una regulación deliberativa", *Anuario de Derecho Público 2016* (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales): pp. 231-242.

Irarrázabal, Ricardo y Barros, Manuel José (2016): "Hacia un Estado que abogue por la sustentabilidad: el rol del Consejo de ministros para la sustentabilidad y del Ministerio del Medio Ambiente", *Temas de Actualidad, Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable* (Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile): pp. 9-28.

Jiménez, Claudio (2021): "Apostillas a la Ley 21.202, que modifica diversos cuerpos legales con el objetivo de proteger los humedales urbanos", *Revista de Derecho Ambiental*, n.° 15: pp. 123-144.

Osorio, Cristóbal (2022): *Derecho administrativo. Tomo iii. Procedimiento administrativo* (Santiago: Ediciones Der).

Soto, Lorenzo (2019): *Derecho de la biodiversidad y los recursos naturales* (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch).

Vergara, Alejandro (2002): "La motivación de los actos administrativos", en Contraloría General de la República, *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. Conmemoración por su 75° aniversario de vida institucional* (Santiago: Contraloría General de la República): pp. 343-351.

Vallina, Juan Luis (1967): *La motivación del acto administrativo* (Alcalá de Henares: Escuela Nacional de Administración Pública).

Sentencias judiciales

Corte Suprema (2010): rol n.° 4.275-2010, Pinto con alcalde de la Municipalidad de Las Condes", 7 de julio de 2010.

Corte Suprema (2015): rol n.° 29.714-2014, Sociedad Contractual Minera Copiapó con Dirección General de Aguas, 20 de mayo de 2015.

Corte Suprema (2017): rol n.° 55.203-2016, Stipicic Escauriaza Maria Javiera con director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 17 de marzo de 2017.

Corte Suprema (2017): rol n.° 95016-2016, Moraga con Superintendencia de Pensiones, 22 marzo 2017.

Corte Suprema (2017): rol n.° 62.128-2016, Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras con ministros de la Corte de Apelaciones de Santiago, 9 de mayo de 2017.

Corte Suprema (2017): rol n.° 3.598-2017, Pey con ministro secretario general de Gobierno y otra", 19 de junio de 2017.

Corte Suprema (2018): rol n.° 38.519-2017, Asesorías e Inversiones Eufrasia Limitada con Dirección General de Aguas, 2 de abril de 2018.

Corte Suprema (2018): rol n.° 118-2018, Sociedad Educacional Winkler Limitada y otros con Servicio de Vivienda y Urbanismo de la Región de Los Lagos y otros, 27 de agosto de 2018.

Corte Suprema (2019): rol n.° 12.907-2018, Andes Iron SpA con Servicio de Evaluación Ambiental, 27 de septiembre de 2019.

Corte Suprema (2021): rol n.° 21.970-2021, Comunidad Indígena Lof Coñuecar y otro con Ilustre Municipalidad de Puerto Montt y otros, 23 de julio de 2021.

Corte Suprema (2021): rol n.° 129.273-2022, Junta de Vecinos Chorrillos y otros con Constructora Manque Limitada y otro", 13 de septiembre de 2021.

Corte Suprema (2022): rol n.° 49.869-202, Matías Gallardo con Dirección de Obras Portuarias del Ministerio de Obras Públicas, 4 de febrero de 2022.

Corte Suprema (2022): rol n.° 4.635-2022, Trivento SpA con Superintendencia de Electricidad y Combustibles, 20 de abril de 2022.

Corte Suprema (2022): rol n.° 1.536-2022, Ilustre Municipalidad de Temuco con Waldo Jara y Compañía Limitada, 22 de junio de 2022.

Segundo Tribunal Ambiental (2022): rol R-297-2021, Inversiones Butamalal S.A. y otros con Ministerio del Medio Ambiente, 24 de octubre de 2022 (acumulada con R-298-2021 y R-299-2021).

Segundo Tribunal Ambiental (2022): rol 339-2022, Juan José Fernández Jorquera con Ministerio del Medio Ambiente, 21 de noviembre de 2022.

Tercer Tribunal Ambiental (2021): rol R-11-2020, Hans Labra Bassa con director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, 24 de agosto de 2021.

Tercer Tribunal Ambiental (2021): rol R-39-2020, Asociación ADEEP y otros con Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Ñuble, 15 de diciembre de 2021.

Tercer Tribunal Ambiental (2022): rol R-25-2021, Inversiones F.K. Limitada con Ministerio del Medio Ambiente, 31 de marzo de 2022.

Otras fuentes

Comisión Nacional de Medio Ambiente (2006): Protección y manejo sustentable de humedales integrados a la cuenca hidrográfica. Disponible en https://humedales-chile.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2014/03/ecotipos-V2-102007.pdf [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

Expedientes humedales urbanos a solicitud municipal (Región de Los Lagos). Disponibles en https://humedaleschile.mma.gob.cl/procesos-municipales-region-de-los-lagos/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

Expedientes humedales urbanos a solicitud municipal (Región Metropolitana). Disponibles en https://humedaleschile.mma.gob.cl/procesos-municipales-region-metropolitana-de-santiago/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

Expedientes humedales urbanos declarados de oficio. Disponibles en https://humedaleschile.mma.gob.cl/procesos-de-oficio/ [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

Ministerio del Medio Ambiente (2018): Plan Nacional de Protección de Humedales 2018-2022. Disponible en https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2018/11/Plan_humedales_Baja_confrase_VERSION-DEFINITIVA.pdf [fecha de consulta: 15 de octubre de 2022].

DERECHO FORESTAL Y LA REGULACIÓN AMBIENTAL DE LOS BOSQUES

FOREST LAW, THE PROTECTION OF THE FOREST AND THE ENVIRONMENT

Felipe Leiva S.[*]
Soledad Traub G.[**]

Resumen: El presente trabajo tiene por objetivo entregar lineamientos respecto del vínculo jurídico existente entre el derecho forestal y el derecho ambiental, junto con indicar los mecanismos contemplados en la legislación chilena para brindar una debida protección a los bosques y recursos forestales. Para estos efectos, describirá el contexto histórico y principales cuerpos jurídicos que conforman el derecho forestal, para luego abordar los instrumentos que contempla el ordenamiento jurídico chileno para velar por el uso sustentable del recurso forestal.

Palabras claves: derecho forestal, conservación, preservación, uso sustentable del recurso, Plan de Manejo Forestal, Plan de Manejo Ambiental.

Abstract: The purpose of this work is to provide guidelines about the relationship that exists between the Forest Law and the Environmental Law, together with indicating the mechanisms contemplated in the Chilean legislation to provide due protection to native forest. For these purposes, we will provide a historical background and framework of forest law. In addition, we will analyze the instruments contemplated by the Chilean legal system to ensure the sustainable use of forest resources.

[*] 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 Magister en Derecho Ambiental y Recursos Naturales de la Universidad de Desarrollo. Socio de Andrade Leiva Abogados. Correo electrónico: fleiva@andradeleiva.cl

[**] Abogada, Universidad del Desarrollo. Magíster en Derecho Ambiental, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: soletraub@gmail.com

Keywords: Forest Law, Conservation, Preservation, Sustainable use of the resource, Forest Management Plan, Environmental Management Plan.

Introducción

Chile ha basado su desarrollo económico en la explotación de los recursos naturales existentes a lo largo del territorio. La minería, la pesca y acuicultura y la explotación forestal constituyen las principales actividades que aportan al PIB nacional[1]. Esta situación inexorablemente implica presiones al ambiente y a sus componentes generando una situación de degradación ambiental a lo largo de la historia económica de Chile[2]. Lo anterior se traduce en la existencia de un desafío permanente, deseado o no, que consiste en conciliar el uso y aprovechamiento de los recursos naturales con el cuidado del ambiente que provee de ellos. Desde la década de 1970 el concepto que intenta conciliar dicha situación es aquel denominado como "desarrollo sustentable" o "sostenible" entendido como "aquél que satisface las necesidades de las generaciones presentes sin poner en peligro la capacidad de las futuras generaciones de satisfacer sus propias necesidades"[3].

El uso de los bosques y recursos forestales asociados no escapa a este imperativo. Y no solo se hará referencia a la actividad silvícola como actividad económica, sino que al uso de las distintas funciones de los recursos forestales y los bosques no solo como fuente de bienes materiales, tales como: la madera, celulosa, leña sino como elemento de la biodiversidad y hábitat para la vida silvestre e, incluso, la provisión de valores culturales y espirituales. Por su parte, cabe precisar que el deterioro y pérdida de los bosques no se encuentra supeditado solo a la explotación de los mismos con motivos de actividades silvícolas, sino que obedece a la ocurrencia de incendios, tanto accidentales como intencionales. Asimismo, los bosques y ecosistemas forestales son amenazados por el desarrollo y expansión de las ciudades y centros urbanos, la erosión de suelos y la corta para el uso de la leña[4].

En este contexto, el propósito de este artículo es describir y analizar las normas ambientales contenidas en la legislación forestal o que tengan incidencia en la protección de los bosques y recursos forestales. Asimismo, se revisarán las normas de la Ley n.° 19300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente y su relación con el objeto ya señalado.

[1] Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (1975), p. 22.

[2] Para detalles sobre la situación ambiental de Chile véase Universidad de Chile (2018).

[3] Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1987).

[4] Universidad de Chile (2018), pp. 173-215.

Para lo anterior, en primer lugar, se presentarán los antecedentes históricos sobre el uso de los bosques y recursos forestales en el país. Posteriormente, se describirán y analizarán las principales normas que conforman el derecho forestal con especial énfasis en aquellas sobre protección ambiental. Finalmente, se revisará y analizará la idoneidad de los instrumentos de gestión ambiental de la Ley n.º 19300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente para brindar una adecuada protección a los bosques.

Como palabras finales, se espera que la lectura de este artículo sea considerada un aporte para reforzar el necesario vínculo jurídico que debe existir entre las normas sobre uso y aprovechamiento de los recursos forestales con la indispensable protección ambiental de ellos, como garantía de sustentabilidad y cuidado para las generaciones futuras.

I. Breve referencia a la explotación de los bosques y a la industria forestal en Chile

Según el catastro vegetacional elaborado por la Corporación Nacional Forestal (CONAF), al año 2021 la superficie cubierta de bosques representa el 23,8 % del territorio nacional con 18 030 735 hectáreas, de estas el bosque nativo alcanza 14 737 486 hectáreas, lo que representa el 81,74 % de los recursos forestales del país. Dentro del bosque nativo el tipo forestal siempreverde es el más abundante con 3 724 201 hectáreas, seguidas del tipo forestal lenga con 3 693 131 hectáreas, coihue de Magallanes con 1 958 106 hectáreas, roble-raulí-coihue con 1 654 880 hectáreas y esclerófilo con 1 643 340 hectáreas[5].

La preocupación por los bosques en Chile tiene su origen en la época de la Colonia, pese a que en un principio ellos no eran considerados un recurso relevante, sino, más bien, se asociaba al concepto de "naturaleza inútil" y obstáculo para las actividades económicas relevantes como minería y agricultura[6]. Ya entrados los primeros años de la República existieron voces como las de Claudio Gay o Benjamín Vicuña Mackenna quienes manifestaron su preocupación por la situación de estos ecosistemas[7]. En estos días, cabe pre-

[5] Véase /www.conaf.cl/nuestros-bosques/bosques-en-chile/catastro-vegetacional/ [fecha de consulta: 24 de septiembre de 2022].

[6] CONAF (2013), p. 35.

[7] En 1838 Claudio Gay señalaba que el gobierno debe considerar las cosas: "Cual celoso padre de su pueblo, debe atender tanto a lo presente como al porvenir, y empeñarse a no legar a sus hijos una provincia que una riqueza mal entendida habría de esterilizarla del todo para la agricultura reduciéndola a la suma aridez". Por su parte, Benjamín Vicuña Mackenna (1855) indicaba: "Se está incendiado Chile a nombre de la agricultura, se está decretando el desierto del

cisar que el deterioro y pérdida de los bosques no se encuentra supeditado solo a la explotación de los mismos con motivos de actividades silvícolas o de otras amenazas ya vistas, sino que obedece a la ocurrencia de incendios, tanto accidentales como intencionales, los que generan cada año una pérdida de aproximadamente cincuenta y dos mil hectáreas[8].

La primera mitad del siglo XX está marcada por la mutación hacia una visión conservacionista de los bosques, lo que significó la creación del primer parque nacional en Chile y la dictación, en 1925, del decreto ley n.° 656, sobre bosques, que contiene la primera ley de bosques del país. Gracias a los incentivos de esta ley durante la década de 1930 se da inicio a las primeras plantaciones forestales masivas, existiendo, incluso, créditos del Estado para realizar plantaciones.

A su vez, la segunda mitad del siglo XX está marcada por la consolidación de una visión productiva de los bosques, la preocupación por la erosión de los suelos y el fomento de las plantaciones forestales tanto como actividad económica. Así en 1970 se crea la Corporación de Fomento (COREF), para finalizar con la creación, en 1972, de la CONAF como institucionalidad básica encargada de la regulación y fiscalización de la explotación de los bosques y recursos forestales en general. Como se revisará en la siguiente sección, el año 1974 se dicta el decreto ley n.° 701/74, sobre Fomento Forestal donde se conciben reglas que impulsan a las plantaciones forestales como sector relevante del país. Finalmente, el año 2008 se publica la Ley n.° 20283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, donde se incorpora una nueva mirada respecto de su protección y uso como recurso.

En relación con la silvicultura, las plantaciones forestales están constituidas principalmente por *Pinus radiata* y *Eucaliptus globulus*, concentrándose su explotación en las regiones del Maule, Ñuble, Biobío y la Araucanía, donde se concentran más del 84 % de las existentes en el país. Se considera que la silvicultura es uno de los principales sectores económicos de Chile, lo que se evidencia en que representa 2,9 % del Producto Interno Bruto de Chile[9] y representa un 6,3 % de las exportaciones nacionales, lo que trae como consecuencia que resulte indispensable velar por el uso sustentable del recurso y contar con herramientas que permitan brindar una adecuada protección a nuestros bosques[10].

sur a nombre del trigo, así como se decretó el desierto del norte a nombre del cobre", véase CONAF (2013).

[8] Véase www.conaf.cl/incendios-forestales/incendios-forestales-en-chile/ [fecha de consulta: 24 de septiembre de 2022].

[9] Véase https://si3.bcentral.cl/siete/ES/Siete/Cuadro/CAP_CCNN/MN_CCNN76/CCNN_EP18_05_ratio [fecha de consulta: 25 de septiembre de 2022].

[10] *Anuario Forestal* (2021).

Conforme a lo expuesto, corresponde analizar las herramientas con que cuenta el derecho forestal para brindar una debida protección a los bosques y recursos forestales en general y cómo la regulación de la materia ha evolucionado en el tiempo.

II. El derecho forestal en Chile

1. Antecedentes

Según Enrique Gallardo, derecho forestal se define como:

> "un conjunto de principios y normas jurídicas que tienen por objeto la preservación, conservación, incremento, manejo y aprovechamiento de los recursos forestales"[11].

También se ha entendido como una:

> "Rama especial del Derecho de los Recursos Naturales y del Ambiente, que comprende principios y normas que regulan la *preservación*, *conservación*, el *uso* y *aprovechamiento* de los bosques naturales, plantaciones y ecosistemas asociados"[12].

Además, el mismo autor ha indicado que sería parte del derecho público o administrativo especial con elementos del derecho privado[13] y con indudables nexos con el derecho ambiental[14].

En cuanto a su evolución histórica cabe señalar que ya en 1837 existía una preocupación por los bosques, motivo por el cual la primera ley orgánica de ministerios atribuyó el cuidado y conservación de los bosques al Ministerio de Hacienda, quedando, el año 1887, bajo la tuición del Ministerio de Obras Públicas para, luego, el año 1991, estar a cargo de las municipalidades, como consecuencia de la dictación de la Ley de Comuna Autónoma[15].

Lo expuesto, evidencia la temprana preocupación por regular la explotación de los bosques como también brindarles una debida protección. Asimismo, cabe destacar que el *Código Civil*, dictado en 1857, también abordó materias relacionadas con los bosques, a propósito del usufructo, en particular, el artículo 783:

[11] Gallardo (2013), p. 17.
[12] Gallardo (2013), p. 7.
[13] Gallardo (2013), p. 29.
[14] Gallardo (2013), p. 30.
[15] Gallardo (2013), pp. 31-32.

> "El goce del usufructuario de una heredad *se extiende a los bosques* y arbolados, pero *con el cargo de conservarlos en un ser*, reponiendo los árboles que derribe, y respondiendo de su menoscabo, en cuanto no dependa de causas naturales o accidentes fortuitos".

Asimismo, desde 1859 se comienzan a ver figuras regulatorias orientadas a brindar protección a determinadas especies, como, por ejemplo, el alerce.

Por su parte, cabe destacar que, en 1925, se reguló por primera vez en forma específica la materia, con la dictación del decreto supremo n.° 656, de 1925, sobre bosques, materia que en ese entonces ya se encontraba a cargo de la Subsecretaría de Tierras y Colonización. Sin embargo, no sería sino a partir de la dictación del DS 4363/1931, que determina el texto modificado y refundido de la Ley de Bosques (Ley de Bosques), donde se puede afirmar que Chile cuenta con regulación forestal propiamente tal destinada a regular la actividad silvícola.

2. Legislación forestal básica y su influencia en el fomento de la actividad forestal

El derecho forestal está conformado por un conjunto de normas legales básicas, complementadas por diversas regulaciones reglamentarias y guías técnicas de la CONAF donde se va determinando el alcance técnico de las normas aplicables[16]. En esta sección se revisará en forma somera las normas legales básicas[17].

2.1 DS 4363/1931, texto modificado y refundido de la Ley de Bosques (Ley de Bosques)

La Ley de Bosques es el primer cuerpo normativo que contiene una regulación sistemática de la explotación forestal, tanto desde una perspectiva de explotación forestal de las plantaciones (actividad silvícola) como de la protección de los bosques[18]. En este sentido, cabe señalar que dicho decreto tuvo por ob-

[16] Véase www.conaf.cl/wp-content/files_mf/1646141959NormativaForestal2021.pdf [fecha de consulta: 2 de octubre de 2022].

[17] Según Gallardo (2013), p. 26 se deben distinguir normas de fomento (más y mejores bosques); protección forestal (no menos bosques); manejo del fuego y sanidad forestal; especies vegetales nativas protegidas y espacios o áreas silvestres protegidas.

[18] Según la CONAF: "las plantaciones forestales corresponden a aquellos bosques que se han originado a través de la plantación de árboles de una misma especie o combinaciones con otras, efectuadas por el ser humano", véase www.conaf.cl/nuestros-bosques/plantaciones-forestales/ [fecha de consulta: 2 de octubre de 2022]. Asimismo, por "bosque nativo" se entiende el: "bosque formado por especies autóctonas, provenientes de generación natural, rege-

jetivo incentivar el desarrollo forestal en los terrenos con "aptitud preferentemente forestal" mediante el establecimiento de incentivos a la actividad forestal, dentro de los cuales destacan la bonificación por hectárea plantada, la exención tributaria en terrenos forestales, la regulación de concesiones para explotar bosques fiscales, entre otros[19].

Asimismo, como se analizará en profundidad en la sección IV la Ley de Bosques contiene algunas normas de relevancia ambiental. En este sentido, se establece la posibilidad de crear los parques nacionales de turismo y las "reservas forestales" en terrenos fiscales con la finalidad de "regularizar el comercio de maderas, garantizar la vida de determinadas especies arbóreas y conservar la belleza del paisaje"[20]. También se debe destacar la norma contenida en su artículo 5, que prescribe la prohibición de corta de árboles y arbustos nativos en circunstancias especiales, cuya infracción trae, además, aparejada una pena de presidio menor en su grado mínimo, según lo dispone el artículo 21 de la misma ley.

Finalmente, la Ley de Bosques contiene las normas que sancionan el empleo del fuego y el tipo penal de incendio, incluyendo casos de negligencia e imprudencia en uso del fuego en zonas rurales o en terrenos urbanos o semiurbanos destinados al uso público[21].

2.2 D.L 701 que fija el régimen legal de los terrenos forestales o preferentemente aptos para la forestación, y establece normas de fomento sobre la materia (Ley de Fomento Forestal)[22]

La Ley de Fomento Forestal constituye la norma de mayor relevancia en virtud de la cual la actividad silvícola pudo desarrollarse en forma intensiva bajo un régimen de fomento que beneficiaba a grandes, medianos y pequeños propietarios el que, aunque similar a la Ley de Bosques, logró la consolidación de la industria en los términos actuales[23].

---

neración natural, o plantación bajo dosel con las mismas especies existentes en el área de distribución original, que pueden tener presencia accidental de especies exóticas distribuidas al azar": Artículo 2 n.º 3 de la Ley de Bosque Nativo).

[19] Según datos de la CONAF bajo la Ley de Bosques se plantaron 364 715 hectáreas de plantaciones. Véase www.conaf.cl [fecha de consulta: 2 de octubre de 2022].

[20] Ley de Bosques (1931), artículo 10. La Ley n.º 18363 (1984). Esta última aún no se encuentra vigente debido a que dejó supeditada su vigencia a la publicación en el *Diario Oficial* del DS que disuelva la CONAF, lo que hasta la fecha no ha ocurrido.

[21] Véase Ley de Bosques (1931), artículos 17, 18, 22 y 23.

[22] La Ley de Fomento Forestal ha sido modificada por el DL 2565 (1979), la Ley n.º 18959 (1990) y por la Ley n.º 19561 (1998).

[23] Según datos de la CONAF bajo la vigencia del DL 701 se han plantado 1 434 940 ha de plantaciones.

En primer lugar, la Ley de Fomento Forestal basó sus regulaciones en la aplicación de una bonificación de los costos de forestación y diversos beneficios tributarios. Originalmente, sus normas no hicieron distinción sobre si sus beneficiarios eran grandes, pequeños o medianos propietarios, situación modificada el año 1998 con la dictación de la Ley n.° 19561, donde se eliminan los beneficios para los grandes propietarios, focalizándose en los pequeños. Además, se extiende la bonificación a la recuperación de suelos degradados. Las normas sobre bonificación forestal terminaron el año 2013, subsistiendo solo las normas relativas a los beneficios tributarios en tanto se mantengan las plantaciones que obtuvieron los beneficios.

Desde el punto de vista de la protección del bosque nativo esta ley establece la prohibición de corta de bosque nativo sin previa autorización de la CONAF del respectivo plan de manejo forestal, estableciendo sanciones por dicha situación[24].

2.3 Ley n.º 20283, sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal (Ley de Bosque Nativo)

La Ley de Bosque Nativo constituye un hito relevante dentro de la regulación del bosque nativo, considerando integralmente normas que regulan su explotación y, en especial, su protección. En este sentido, a diferencia de la Ley de Bosque y de la Ley de Fomento Forestal, la Ley de Bosque Nativo determina un fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo como un fondo concursable donde los montos de bonificación serán los que establezca una tabla donde se fija el valor máximo de las actividades bonificables, según el tipo forestal, el estado de desarrollo de los bosques y la región que corresponda[25]. Además, dispone una bonificación para la elaboración de planes de manejo forestal concebidos bajo el criterio de ordenación. Asimismo, dictamina beneficios tributarios para los beneficiarios de los fondos concursables[26].

Como se revisará en la sección IV la Ley de Bosque Nativo contiene diversas normas de protección ambientales que van más allá de los establecido en la Ley de Bosques y la Ley de Fomento Forestal.

[24] Ley de Fomento Forestal (1974), artículos 21, 22, 23, 24, 24 bis, 24, bis A, 24 bis B y 24 bis C.

[25] Ley nº 20283 (2008), artículo 22 y siguientes.

[26] Ley nº 20283 (2008), artículo 35.

III. Institucionalidad forestal

El organismo del Estado encargado de velar por el uso, aprovechamiento y conservación de los recursos forestales es la CONAF, organismo creado en 1972 bajo la figura de corporación de derecho privado dependiente del Ministerio de Agricultura, a la cual la ley le ha entregado funciones públicas específicas. Dicha situación anómala en el derecho público nacional es, incluso, alertada por el Tribunal Constitucional quien, a propósito del control de constitucionalidad de la Ley de Bosque Nativo señala:

> "Que en la presente oportunidad nos encontramos en una situación que guarda similitud con el caso de las corporaciones creadas por las municipalidades aludidas, pues se otorgan nuevas facultades a una corporación preconstitucional que, en forma anómala, desde hace décadas viene desarrollando funciones que implican el ejercicio de potestades públicas que, durante dicho lapso, le han sido otorgadas por sucesivos cuerpos normativos [...]. Esta Magistratura hace presente a los Poderes Colegisladores la inconveniencia de la mantención de situaciones constitucionalmente anómalas como las aludidas y, especialmente en el presente caso, exhorta a S.E. la Presidenta de la República para que regularice la naturaleza jurídica de la CONAF, procediendo a la dictación del Decreto Supremo a que se refiere el artículo 19 de la Ley No 18.348, publicada el año 1984, o empleando otro medio constitucionalmente idóneo que el Gobierno estime adecuado"[27].

Dicha situación, que se arrastra por años, debiese ser subsanada mediante la creación del Servicio Nacional Forestal y el Servicio Nacional de Biodiversidad y Áreas Protegidas, cuyos proyectos de ley descansan escandalosamente en el Congreso Nacional[28].

En resumen, la CONAF tiene las siguientes atribuciones, entre otras[29]:

- Fomento al manejo del bosque nativo e incentivo a la forestación en terrenos desprovistos de bosques.
- Administración y fiscalización de la legislación forestal y ambiental.
- Protección del patrimonio contra incendios forestales, plagas y enfermedades.
- Administración del Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado (SNASPE).

[27] Tribunal Constitucional (2008), rol n.° 1.024 Además, Contraloría General de la República (2020).

[28] Véase *Boletín* 9404-12, ingresado 18 de junio de 2014 y *Boletín* 11175-01 (4/472017).

[29] Véase www.conaf.cl [fecha de consulta: 4 de octubre de 2022].

– Arborización urbana.
– Catastro y evaluación de los recursos vegetacionales y usos de la tierra.
– Monitoreo de bosques y medición de captura de carbono.
– Educación ambiental, entre otras.

También forman parte de la institucionalidad forestal otros organismos del Estado como: el Servicio Agrícola y Ganadero, el Instituto de Desarrollo Agropecuario, el Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria, el Instituto Forestal y el Consejo Consultivo del Bosque Nativo del artículo 33 de la ley sobre la materia.

IV. Normas ambientales del derecho forestal: conservación y preservación

Las normas ambientales del derecho forestal se encuentran establecidas en diversos cuerpos normativos y con distintas finalidades, así, es posible distinguir aquellas regulaciones de protección orientadas a la preservación de aquellas orientadas a la conservación. Para los efectos de este artículo se ha considerado el concepto "legislación ambiental" siguiendo la perspectiva de Rafael Valenzuela, quien señala la existencia de legislación de relevancia ambiental y de legislación ambiental propiamente tal. Para dicho autor, la legislación ambiental es la que:

> "reconoce como bien jurídico protegido el resguardo de los sistemas ambientales en cuanto tales, regulando el manejo de los factores que los constituyen desde una perspectiva global e integradora, sobre la base del reconocimiento de las interacciones dinámicas que se dan entre ellos, y con miras a afianzar el mantenimiento, y si es posible, a incrementar los presupuestos del equilibrio funcional de que forman parte"[30].

En esta categoría califica la Ley n.° 19300 y sus instrumentos de gestión ambiental. Por otra parte, Rafael Valenzuela define como legislación de relevancia ambiental aquellas normas, con incidencia ambiental "deliberada" que opera con enfoques u objetivos, meramente sanitarios, patrimonialistas, conservacionistas o, cuando menos, sectoriales"[31].

Al respecto, y tal como ha señalado Enrique Gallardo, las normas protectoras de preservación son aquellas que tienen por objetivo el cuidado, mantención o prevención de los recursos forestales con anterioridad al uso o apro-

[30] Valenzuela (2012), p. 25.
[31] Valenzuela (2012).

vechamiento de los mismos, mientras que las normas protectoras de conservación son aquellas que tienen por objeto el cuidado, mantención o prevención de los recursos forestales al momento de generarse el uso o aprovechamiento de dichos ecosistemas y recursos forestales[32].

Conforme a lo expuesto *las normas protectoras de preservación* que contempla la legislación nacional forestal se encuentran enfocadas a brindar preservar especies nativas específicas, destacando en la materia, la dictación por parte del Ministerio de Agricultura de normativas orientadas a brindar protección a especies forestales nativas como la araucaria araucana, el alerce, el belloto del sur, entre otras[33].

A partir de lo dispuesto en la regulación antedicha, es posible afirmar que el objetivo de las mismas es proteger especies forestales nativas que se estén amenazadas, en particular a aquellas que se encuentran en peligro de extinción o en alguna otra categoría de conservación.

En lo relativo a las *normas protectoras de conservación*, cabe señalar que se ubican en el denominado "Fondo de conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo", el que se encuentra regulado en los artículos 22 a 36 de la Ley n.° 20283.

Dicho fondo tiene por finalidad otorgar una bonificación orientada a contribuir a solventar el costo de:

i) actividades que favorezcan la regeneración, recuperación o protección de formaciones xerofíticas de alto valor ecológico o de bosques nativos de preservación;
ii) actividades silviculturales dirigidas a la obtención de productos no madereros y
iii) actividades silviculturales destinadas a manejar y recuperar bosques nativos para fines de producción maderera.

Lo anterior deja entrever el objeto del derecho forestal, el que no se encuentra limitado únicamente a la conservación y preservación, sino que, también, al fomento del desarrollo de ciertas actividades.

Por su parte, la normativa forestal contempla múltiples disposiciones orientadas a regular la corta de bosque nativo, la afectación de especies nativas o ambas. Así, por ejemplo, el artículo 5 del DS n.° 4363, de 1931, del Ministerio de Tierras y Colonización, que aprueba el texto definitivo de la Ley de Bosques, prohíbe la corta de árboles y arbustos nativos que reúnan las características que en él se indican, salvo que medie un plan de manejo, el cual deberá aprobarse en los términos establecidos en el decreto ley n.° 701, de 1974, del Ministerio de Agricultura.

[32] Gallardo (2013), p. 43.
[33] DS n.° 490 (1977); DS n.° 43 (1990); DS n.° 13 (1995).

Al respecto, es importante tener presente que, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley de Bosques, la corta o destrucción de árboles y arbustos sin contar con un plan de manejo, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de diez a veinte sueldos vitales mensuales, lo que da cuenta de la gravedad de ejecutar dicha actividad sin la debida observancia de los requisitos legales.

Y en lo relativo a las normas ambientales en materia forestal, cabe destacar que, el artículo 19 de la Ley n.° 20283 prohíbe la corta, eliminación, destrucción o descepado de individuos de las especies vegetales nativas clasificadas en alguna categoría de conservación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley n.° 19300 y su reglamento[34]. Sin embargo, dicho artículo contempla una excepción a la prohibición indicada, consistente en que esta no afectará a los individuos de dichas especies *plantados por el hombre*, salvo que dicha plantación se haya realizado en el marco de la ejecución de medidas de compensación, reparación o mitigación dispuestas por una RCA u otra autoridad competente.

De un primer acercamiento a la materia, pareciera ser que existen normas orientadas a brindar una debida protección a especies que se encuentran en alguna categoría de conservación, mediante el establecimiento de prohibiciones, sin embargo, dicha protección se atenúa en el artículo 19 inciso segundo, toda vez que dicha disposición permite la intervención previa autorización de la CONAF, debiendo presentarse por el interesado tanto un informe técnico como un plan de manejo[35].

En este sentido, cabe señalar que, la Ley n.° 20283 regula el denominado plan de manejo forestal, entendiendo por este aquel:

> "instrumento que, reuniendo los requisitos que se establecen en este cuerpo legal, *planifica la gestión del patrimonio ecológico* o el *aprovechamiento sustentable de los recursos forestales* de un terreno determinado, resguardando la calidad de las aguas y evitando el deterioro de los suelos"[36].

[34] El artículo 37 inciso 1 de la Ley n.° 19300. El reglamento fijará el procedimiento para clasificar las especies de plantas, algas, hongos y animales silvestres, sobre la base de antecedentes científico-técnicos, y según su estado de conservación, en las categorías recomendadas para tales efectos por la Unión Mundial para la Conservación de la Naturaleza (UICN) u otro organismo internacional que dicte pautas en estas materias.

[35] Sobre la materia se debe considerar que la CONAF cuenta con un instructivo en la materia, denominado Consideraciones para la formulación del Plan de Manejo Forestal de Bosque Nativo Ley N° 20.283, de enero de 2018. Adicionalmente, mediante DS n.° 93, de 2009, del Ministerio de Agricultura, se aprueba el Reglamento General de la Ley sobre recuperación del bosque nativo y fomento forestal, el que regula la materia.

[36] Artículo 2 n.° 18 de la Ley n.° 20283 (2008).

Dicha ley distingue entre los planes de manejo de preservación y los planes de manejo de conservación, según si el objetivo del plan es resguardar la seguridad biológica, en cuyo caso nos encontraremos en presencia de un plan de manejo de preservación o, bien, si tiene por finalidad el aprovechamiento del bosque nativo para la obtención de bienes madereros y no madereros, considerando las distintas funciones que tienen los bosques y la diversidad biológica que habita en él.

La importancia de la existencia de un plan de manejo radica en que toda corta de bosque nativo, independiente del tipo de suelo en el que se encuentre, debe ejecutarse previa aprobación por parte de la CONAF de un plan de manejo[37]. El artículo 2 n.° 3 de la Ley n.° 20283 define bosque nativo como el:

> "bosque formado por especies autóctonas, *provenientes de generación natural, regeneración natural, o plantación bajo dosel con las mismas especies existentes* en el área de distribución original, que pueden tener presencia accidental de especies exóticas distribuidas al azar",

siendo la corta de este tipo de bosques la que requiere de un plan de manejo previo a la ejecución de las obras.

Asimismo, es importante señalar que los compromisos de regeneración o reforestación que se asuman en el marco de la ejecución de un plan de manejo se entenderán cumplidos cuando se verifique una sobrevivencia igual o superior al 75 % del número de individuos comprometidos en los respectivos planes de manejo, lo que, de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la ley, deberá verificarse una vez que dichos individuos cumplan dos años desde su plantación o regeneración.

Ahora bien, respecto de las *normas de protección ambiental* que contempla la Ley n.° 20283, es importante destacar que estas buscan regular las condiciones asociadas a la corta de bosque nativo, y, en este sentido, establece que los planes de manejo forestal requerirán de una justificación técnica fundada respecto de los métodos de corta que se utilizaran y de las medidas que se adoptaran con la finalidad de proteger los suelos, la calidad y cantidad de los caudales de los cursos de agua y la conservación de la diversidad biológica y de las medidas de prevención y combate de incendios forestales[38]. Asimismo, dispone que la corta de bosque nativo debe respetar los corredores biológicos cuya existencia hubiese sido definida por el Ministerio de Agricultura y contiene obligaciones asociadas a la corta, destrucción, eliminación o menoscabo de especies nativas que se encuentren a una distancia de quinientos metros de glaciares.

[37] Artículo 5 inciso 1 de la Ley n.° 20283 (2008).

[38] Artículo 16 de la Ley n.° 20283 (2008).

Es importante tener presente que conforme a lo establecido en el artículo 51 de la Ley n.° 20283, toda corta de bosque no autorizada se sancionará con una multa equivalente al doble del valor comercial de los productos cortados o explotados, con un mínimo de cinco unidades tributarias mensuales por hectárea. Asimismo, indica que, si los productos provenientes de la corta no autorizada hubiesen salido del predio, el infractor será sancionado con la multa indicada pero incrementada en un 200 %.

Adicionalmente, el artículo 52 de la Ley n.° 20283, determina las sanciones que resultarán aplicables a la:

> "corta, eliminación, destrucción o descepado u otra forma de dar muerte a ejemplares de especies clasificadas como en peligro de extinción, vulnerables, raras, insuficientemente conocidas o fuera de peligro, que no corresponda a intervenciones autorizadas de conformidad al artículo 19 de esta ley",

indicando que ellas serán sancionadas con multas de cinco a cincuenta unidades tributarias mensuales por ejemplar, si este no tuviere valor comercial; en caso contrario, la multa será igual al doble del valor comercial de cada ejemplar objeto de la intervención.

De lo expuesto se evidencia que las sanciones aplicables en la materia resultan ser bajas, sobre todo si se comparan con aquellas que resultan aplicables por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente frente a infracciones de similar naturaleza. Lo anterior, lleva a cuestionarse si dichas sanciones logran realmente su objetivo, es decir, si permiten disuadir a los distintos actores de no incurrir en la conducta descrita.

Es importante destacar que la Ley n.° 20283 no regula solo lo relativo a los bosques, sino que, también, a las formaciones xerofíticas. En este sentido, cabe señalar que el artículo 2 n.° 14) de la Ley n.° 20283 define formación xerofítica como aquella:

> "formación vegetal, constituida por especies autóctonas, preferentemente arbustivas o suculentas, de áreas de condiciones áridas o semiáridas ubicadas entre las Regiones I y VI, incluidas la Metropolitana y la XV y en las depresiones interiores de las Regiones VII y VIII".

Ahora bien, las formaciones xerofíticas se encuentran sujetas a la obligación de contar con un plan de trabajo[39], no de manejo, previamente aprobado por la CONAF. Al respecto, cabe señalar que dicho plan de trabajo debe

[39] Artículo 60 de la Ley n.° 20283 (2008). La corta, destrucción o descepado de formaciones xerofíticas requerirán de un plan de trabajo previamente aprobado por la Corporación, el que deberá considerar las normas de protección ambiental establecidas en el título III de esta ley.

considerar las normas de protección ambiental establecidas en el título III a las que ya se hará referencia.

Cabe destacar que la ausencia de dichos planes de trabajo trae aparejada la eventual imposición de sanciones y, en este sentido, el artículo 54 letra e) dispone:

> "la corta, destrucción o descepado de formaciones xerofíticas, *sin un plan de trabajo previamente aprobado por la Corporación* y el incumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho plan, con una multa de 2 a 5 unidades tributarias mensuales por hectárea incumplida dependiendo de su gravedad. *Se considerarán faltas graves aquellas que se refieran al incumplimiento de las normas de protección ambiental*".

Adicionalmente, lo dispuesto a propósito de los planes de manejo y de trabajo, debe relacionarse con lo establecido en el artículo 18 del DS n.° 82, de 2010, del Ministerio de Agricultura, que aprueba el reglamento de suelos, aguas y humedales, el que dispone que el:

> "[...] plan de manejo o plan de trabajo, deberá al menos contemplar *especificaciones orientadas a evitar o minimizar*:
> a) la erosión y generación de sedimentos;
> b) la incorporación de sedimentos y otras sustancias a *los manantiales, cuerpos* y cursos naturales de agua y humedales, por arrastre desde las áreas intervenidas;
> c) que en el área intervenida se desarrollen condiciones bajo las cuales se generen flujos relevantes de agua superficial que puedan arrastrar volúmenes significativos de sedimentos en dirección a los manantiales, cuerpos y cursos naturales de agua y humedales y
> d) *la alteración de los manantiales, cuerpos y cursos naturales de agua, y humedales, protegiéndolos de acciones de intervención o transformación* que no sean imprescindibles para la ejecución de los proyectos o actividades, para las cuales se solicita la resolución fundada de la Corporación a que alude la letra i) del artículo 17 precedente".

Dicho texto, es una clara muestra de la forma en que se incorporan normas ambientales en la legislación y normativa forestal actual.

Por último, señalar que lo expuesto, a propósito de los planes de manejo y de trabajo en materia forestal, debe vincularse con los establecido en los artículos 41 y 42 de la Ley n.° 19300 y con lo dispuesto en el dictamen n.° E259528, de 23 de septiembre del presente año, de la Contraloría General de la República, materia que será abordada en el siguiente acápite.

V. Derecho forestal y la Ley n.° 19300

La Ley n.° 19300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, tiene por objetivo regular el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, la protección del medio, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental[40].

Al respecto, cabe precisar que la Ley n.° 19300 contempla mecanismos orientados a alcanzar los objetivos indicados en el párrafo anterior, los que reciben el nombre de Instrumentos de Gestión Ambiental.

En este sentido, cabe señalar que, si bien la ley no proporciona una definición respecto de dichos instrumentos, la doctrina los ha definido como "el conjunto de medidas de variado orden (jurídicas, económicas, planificadoras, etc.) destinadas al logro de finalidades de protección y mejoramiento ambiental"[41].

En forma adicional, es importante tener presente que, la doctrina ha señalado que dichos IGA se caracterizan por:

i) atender a una finalidad de protección ambiental y
ii) responder al carácter integral u omnicomprensivo que tiene la protección del entorno.

Por su parte, cabe señalar que el título II de la Ley n.° 19300, indica cuáles son los Instrumentos de Gestión Ambiental, a saber:

i) Educación ambiental e investigación.
ii) Evaluación Ambiental Estratégica.
iii) Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.
iv) Participación Ciudadana.
v) Información Ambiental.
vi) Normas de Calidad Ambiental;
vii) Normas de Emisión.
viii) Declaración de Zona Latente y Saturada.
ix) Planes de Prevención y de Descontaminación y
x) Planes de Manejo.

Para efectos del presente trabajo, se abordarán aquellos instrumentos que se encuentran relacionados, de una u otra manera, con el derecho forestal, por lo que se limitará el análisis a los siguientes instrumentos:

i) Evaluación Ambiental Estratégica;
ii) Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y
iii) Planes de Manejo.

[40] Artículo 1 de la Ley n.° 19300 (1994).
[41] Bermúdez (2014), p. 192.

1. Evaluación Ambiental Estratégica

La Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) se encuentra definida en el artículo 2 letra i bis) de la Ley n.° 19300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, el cual dispone:

> "el procedimiento realizado por el Ministerio sectorial respectivo, para que *se incorporen las consideraciones ambientales del desarrollo sustentable, al proceso de formulación de las políticas y planes de carácter normativo general*, que tengan impacto sobre el medio ambiente o la sustentabilidad, de manera que ellas sean integradas en la dictación de la respectiva política y plan, y sus modificaciones sustanciales".

Dicho instrumento se encuentra regulado en los artículos 7.° bis, 7.° ter y 7.° quáter de la Ley n.° 19300 y en el DS n° 32, de 2015, del Ministerio del Medio Ambiente, que aprueba el reglamento para la EAE.

La EAE ha sido concebida como un instrumento destinado a dar coherencia entre los instrumentos de protección ambiental y constituye una manifestación del principio precautorio en que se incorporan "elementos de protección ambiental a las políticas y planes de carácter normativo ambiental"[42]. Dicha incorporación contribuiría a la disminución, por ejemplo, de los conflictos ambientales derivados de la aplicación concreta de los instrumentos evaluados[43].

En Chile, está vigente desde el año 2010 y aplica al desarrollo de políticas, planes e instrumentos de gestión ambiental establecidos en la ley[44], siendo obligatoria para:

> "los planes regionales de ordenamiento territorial, planes reguladores intercomunales, planes reguladores comunales y planes seccionales, planes regionales de desarrollo urbano y zonificaciones de borde costero, del territorio marítimo y el manejo integrado de cuencas o los instrumentos de ordenamiento territorial que los reemplacen o sistematicen"[45].

De lo expuesto, cabe destacar que el vínculo existente entre la EAE y el derecho forestal es evidente toda vez que no se puede concebir un desarrollo

[42] Bermúdez (2014), pp. 196-197.

[43] Coincidimos con Bermúdez (2014) en que la planificación coordinada que proporciona al EAE "deriva de la insuficiencia que, por si sola, suponen los sistemas de evaluación de impacto ambiental, los cuales, la mayor parte de las veces, no consideran en su evaluación alternativas de lugar o de proceso, ni abordan el carácter dinámico de las interacciones entre medio ambiente y desarrollo".

[44] Artículo 2 del DS 32 (2015).

[45] Artículo 7 bis inciso 2 de la Ley n.° 19300 (1994).

sustentable o la incorporación de objetivos ambientales en una política, plan o instrumento, sin que esta considere, de una u otra manera, el brindar una debida protección a los bosques y a los suelos, mediante la incorporación de lineamientos orientados a evitar que se genere una afectación de los mismos y que se continúe erosionando el suelo.

2. Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) constituye un instrumento de gestión ambiental por el cual los proyectos de inversión susceptibles de causar impacto ambiental son evaluados y calificados, mediante una resolución emitida por la comisión del artículo 86 de la Ley n.° 19300, que certifica el cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, otorga los permisos ambientales sectoriales y establece la adopción de medidas que se hagan cargo del impacto[46].

Al respecto, cabe señalar que el artículo 8 de la Ley n.° 19300 dispone que los proyectos o actividades indicados en el artículo 10 de la ley, solo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental.

En este sentido cabe destacar que el literal m) del artículo 10 de la Ley n.° 19300, señala que deberán someterse al SEIA los:

> "Proyectos de desarrollo o explotación forestal en suelos frágiles, en terrenos cubiertos de bosque nativo, industrias de celulosa, pasta de papel y papel, plantas astilladoras, elaboradoras de madera y aserraderos, todos de dimensiones industriales",

lo que debe complementarse con lo establecido por el artículo 3 del reglamento del SEIA, contenido en el DS 40/2012, del MMA, publicado en el *Diario Oficial* del 12 de agosto de 2013.

Por otra parte, el proponente de un determinado proyecto que se pretenda ejecutar conforme a lo establecido en el artículo 10 letra m) de la Ley n.° 19300, deberá analizar la concurrencia de los efectos del artículo 11 de la Ley n.° 19300. Al respecto, resultan aplicables a la corta de bosque, los literales b), d) y e) del artículo 11 de la Ley n.° 19300, complementados por los artículos 6, 8 y 9 del reglamento del SEIA. La concurrencia de algunos de los impactos significativos genera la obligación para el titular del proyecto de presentar medidas de

[46] En el caso de la presentación de un estudio de impacto ambiental (EIA), se deben adoptar medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos del artículo 11 de la Ley n.° 19300. En el caso de las Declaraciones de Impacto Ambiental (DIA), la ley exige el cumplimiento de la normativa ambiental mediante la adopción de medidas adecuadas para dicho cumplimiento.

mitigación, reparación y compensación respectivas como parte de los requisitos para obtener una resolución de calificación ambiental favorable (RCA).

En este orden de ideas, cabe destacar que, a la fecha no han ingresado al SEIA proyectos de explotación forestal a que se refiere el artículo 10 letra m) de la Ley n.° 19300 y artículo 3 letra m) del RSEIA, lo que evidencia un problema en la evaluación ambiental de dichos proyectos al quedar sin evaluación ambiental parte importante de la actividad silvícola en Chile.

Según la Ley n.° 19300 corresponde al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) "la administración" del SEIA, así como la "coordinación" de los organismos de Estado involucrados en el mismo, para los efectos de obtener la RCA[47]. Asimismo, según el literal d) del artículo 81 de la Ley n.° 19300, para el cumplimiento de lo anterior, el SEA está facultado específicamente para desarrollar guías trámites sobre las diversas materias relacionadas sin perjuicio de las facultades del director ejecutivo de dictar los instructivos que estime conveniente para la correcta administración del Servicio[48].

3. Planes de manejo

Dicha ley regula en su artículo 41 los planes de manejo en materia ambiental, y al respecto indica:

> "El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará *asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos*, en especial de aquellas especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37".
>
> Luego, prescribe en su artículo 42:
>
> "*El Ministerio del Medio Ambiente* conjuntamente con el organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, *exigirá*, *cuando corresponda*, *la presentación y cumplimiento de planes de manejo* de los mismos, a fin de asegurar su conservación".

Asimismo, indica que los planes de manejo, deben incluir las siguientes consideraciones ambientales:

i) Mantención de caudales de aguas y conservación de suelos.
ii) Mantención del valor paisajístico y

[47] Véase literal a) del artículo 81 de la Ley n.° 19300 (1994).

[48] Guía Trámite del PAS para Corta de Bosque Nativo (PAS 148) y Guía Trámite del PAS para la Corta de Plantaciones en Terrenos de Aptitud Preferentemente Forestal (PAS 149), ambas de 2014. Disponible en www.e-seia.cl [fecha de consulta: diciembre 2022].

iii) Protección de especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37.

Por último, el artículo 42 inciso final indica:

> "Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo establecido en otros cuerpos legales, sobre planes de manejo de recursos naturales renovables, y no se aplicará a aquellos proyectos o actividades respecto de los cuales se hubiere aprobado un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental".

De lo expuesto, es importante considerar que la ley no define qué debe entenderse por plan de manejo, sin embargo, la doctrina los define como:

> "[...] uno de los instrumentos más importantes de gestión ambiental dirigidos no a solucionar un problema de contaminación o a evitarlo, sino más bien a lograr un uso racional de los recursos naturales renovables"[49].

Asimismo, cabe preguntarse si puede considerarse el plan de manejo regulado en la Ley n.° 19300 como un instrumento completamente distinto y ajeno de aquel establecido en la Ley n.° 20283 o, bien, si deben vincularse velando por brindar una debida protección a las especies forestales, "asegurando su regeneración y diversidad biológica".

En este sentido, y atendido el principio de coordinación de los órganos de la Administración del Estado, tanto la CONAF como el Ministerio del Medio Ambiente debiesen actuar de forma conjunta en la revisión de los planes de manejo que se presenten por los titulares, de manera de velar porque se incorporen consideraciones ambientales orientadas a brindar una adecuada protección.

En este orden de ideas, es importante tener presente que el artículo 37 bis de la Ley n.° 19300 dispone:

> "Cuando un órgano de la Administración del Estado deba evacuar un *acto administrativo de carácter general que tenga claros efectos en los ámbitos de competencia de otro órgano*, le remitirá todos los antecedentes y *requerirá de éste un informe para efectos de evitar o precaver conflictos de normas*, con el objeto de resguardar la coordinación, cooperación y colaboración entre los órganos involucrados en su dictación".

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante tener presente que los planes de manejo regulados en la Ley n.° 19300 a la fecha han tenido nula aplicación, sin

[49] Fernández (2004), p 147.

embargo, atendido lo dispuesto en el dictamen E259528, de 23 de septiembre de la Contraloría General de la República y, si bien este se encuentra limitado a los Planes de Trabajo de Formaciones Xerofíticas, se espera poder avanzar en la materia, mediante la incorporación de lineamientos ambientales y de cambio climático a los mismos.

Conclusiones

Como conclusiones del análisis efectuado se puede señalar lo siguiente:

- La actividad forestal constituye una de las principales actividades económicas del país, lo que da cuenta de la necesidad de regular la materia. Con motivo de lo anterior surge la necesidad de incorporar al ordenamiento jurídico normas que, por una parte, permitan el desarrollo económico, pero, a su vez, otorguen una debida protección a los bosques y a los recursos forestales, de manera de asegurar su regeneración y diversidad biológica.
- Si bien a la fecha el ordenamiento forestal cuenta con diversas normas orientadas a brindar una debida protección a los bosques y recursos forestales, a nuestro juicio dichos instrumentos resultan insuficientes para cumplir con el objetivo de protección atendida la falta de una adecuada coordinación entre los distintos órganos de la Administración del Estado con competencia en la materia y al retraso injustificado de una institucionalidad moderna que permita asumir los desafíos del siglo XXI.
- Dentro de los instrumentos orientados a regular la materia, se encuentran instrumentos emanados tanto del derecho forestal como del derecho ambiental. Sin embargo, se estima que la normativa forestal proporciona una protección atenuada, sin hacerse cargo en forma efectiva de los impactos que se generan producto de la explotación de recursos forestales. Un ejemplo de lo anterior lo constituye la falta de evaluación ambiental de las actividades relacionadas con las plantaciones y su explotación debido a que esta no alcanzan las magnitudes exigidas por el reglamento del SEIA.
- Por último, señalar que, en materia ambiental, si bien existen instrumentos orientados a asegurar la conservación de los recursos forestales, a la fecha estos no han sido mayormente utilizados, por lo que es imprescindible avanzar en la elaboración de instrumentos orientados a brindar una mayor protección de los recursos forestales e intensificar la exigencia de planes de manejo ambientales, cuando corresponda.

Bibliografía

Bermúdez Soto, Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).

Fernández Bitterlich, Pedro (2004): *Manual de derecho ambiental chileno* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Gallardo Gallardo, Enrique (2013): *Manual de derecho forestal* (Santiago: Corporación Nacional Forestal, Editora e Imprenta Maval Ltda.).

Valenzuela Fuenzalida, Rafael (2012): *El derecho ambiental. Presente y pasado* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Normas

Boletín 9404-12: crea el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas y el Sistema Nacional de Áreas Protegidas.

Boletín 11175-01: crea el Servicio Nacional Forestal y modifica la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Ley n.° 19300 (1994) sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 9 de marzo de 1994.

Ley n.° 20283 (2008) sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal, 30 de julio de 2008.

DS n.° 4363 (1931): Ley de Bosques. Ministerio de Tierras y Colonización, 31 de julio de 1931.

DL n.° 701 (1974) que fija régimen legal de los terrenos forestales o preferentemente aptos para la forestación, y establece normas de fomento sobre la materia. Ministerio de Agricultura, 28 de octubre de 1974.

DS n.° 4363 (1931) aprueba texto definitivo de la Ley de Bosques. Ministerio de Tierras y Colonización, 31 de julio de 1931.

DS n.° 32 (2015) Reglamento para la Evaluación ambiental Estratégica. Ministerio del Medio Ambiente, 4 de noviembre de 2015.

DS n.° 490 (1977): Declara monumento natural a la especie forestal alerce. Ministerio de Agricultura, 5 de septiembre de 1977.

DS n.° 43 (1990): Declara monumento natural a la araucaria araucana. Ministerio de Agricultura, 3 de abril de 1990.

DS n.° 13 (1995): Declara monumento natural a las especies forestales queule, pitao, belloto del sur, belloto del norte y ruil. Ministerio de Agricultura, 3 de abril de 1995.

DS n.° 93 (2009): Reglamento General de la Ley sobre Recuperación del Bosque Nativo y Fomento Forestal. Ministerio de Agricultura, 5 de octubre de 2009.

Jurisprudencia

Tribunal Constitucional (2008): rol n.º 1.024, de 1 de julio de 2008.

Contraloría General de la República (2020): dictamen n.º E33624, de 4 de septiembre de 2020.

Contraloría General de la República (2022): dictamen n.° E259528, de 23 de septiembre de 2022.

Otros documentos

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (1975): *Evaluaciones de desempeño ambiental. Chile*, 2016: p. 22. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/ 11362/40308/S1600413_es.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Universidad de Chile (2018): *Informe País. Estado del medio ambiente en Chile*. Disponible en www.cr2.cl/wp-content/uploads/2019/12/Informe-pais-estado-del-medio-ambiente-en-chile-2018.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1987): "Nuestro futuro común". Disponible en www.un-documents.net/wced-ocf.htm [fecha de consulta: noviembre 2022].

CONAF (2013): *CONAF: su historia y rol en desarrollo forestal y ambiental del país (1972-2013)*. Disponible en https://issuu.com/pedromolinaurrutia/docs/conaf_su_historia_y_rol_en_el_desar [fecha de consulta: noviembre 2022].

Anuario Forestal (2021). Disponible en https://wef.infor.cl/publicaciones/publicaciones.php#P0 [fecha de consulta: noviembre 2022].

RESIDUOS Y CAMBIO CLIMÁTICO: MECANISMOS PARA UNA GESTIÓN INTEGRADA

WASTE AND CLIMATE CHANGE: MECHANISMS FOR INTEGRATED MANAGEMENT

Claudia Alfaro Cornejo[*]
Robert Currie Ríos[**]

Resumen: En este artículo identificamos y analizamos los instrumentos de la Ley n.º 20920 –que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje– y la Ley n.º 21455 –Ley Marco de Cambio Climático–, que permiten integrar la economía circular y gestión de residuos, con la gestión del cambio climático, y lograr objetivos comunes, esto es, prevenir la generación de residuos y manejarlos adecuadamente para contribuir en la reducción de las emisiones de GEI y alcanzar la meta de carbono neutralidad. Para tales efectos, nuestro trabajo describe la relación entre los residuos y el cambio climático, así como la realidad en el ámbito nacional con respecto al manejo de residuos y los esfuerzos realizados desde la política pública para hacer frente a esta situación; identifica y describe los distintos instrumentos de las Leyes n.º 20920 y n.º 21455 y, finalmente, realiza un análisis de tres componentes que representan oportunidades entre ambos cuerpos normativos para lograr la integración en comento, a saber:

i) instrumentos para la gestión integrada de residuos y el cambio climático;
ii) medios habilitantes comunes; y,
iii) involucramiento de los regulados.

Palabras claves: economía circular, legislación climática, gestión de residuos, responsabilidad extendida del productor, normas de emisión.

[*] Máster en Derecho Ambiental y Energético (LLM), New York University. Abogada del Departamento de Legislación y Regulación Ambiental del Ministerio del Medio Ambiente. Correo electrónico: claudia.alfaro.cornejo@gmail.com

[**] Máster en Derecho Ambiental (LLM), Columbia University. Profesor del Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Director de Estrategia Socioambiental y Asuntos Regulatorios en Entorno Social Consultores. Correo electrónico: r.currie@udd.cl

Abstract: This paper identifies and analyzes the regulatory instruments of Law No. 20,920 –'Waste Management, Extended Producer Responsibility and Promotion of Recycling' Act– and Law No. 21,455 –'Climate Change Framework Law'– which allow the integration of both circular economy and waste management, with climate change management. These instruments can interact to achieve common goals, that is, prevent the generation of waste and manage it properly to contribute in reducing greenhouse gas emissions and achieving carbon neutrality. In this context, this paper describes the interaction between waste and climate change; the national context regarding waste generation as well as public policy efforts addressing this problem; identifies and describes the regulatory instruments of Laws No. 20,920 and No. 21,455; and finally, analyzes three aspects that represent opportunities for both regulations to achieve common goals:

i) instruments for integrated waste and climate change management;
ii) common enabling instruments; and,
iii) involvement of the private sector.

Keywords: Circular economy, climate legislation, waste management, extended producer responsibility, emission standards

Introducción

La actual triple crisis planetaria, donde se traslapan el cambio climático, la perdida de la biodiversidad y la contaminación, multiplica los efectos de cada uno de estos fenómenos, agravando sus consecuencias y demostrando la necesidad de abordarlos de manera conjunta e inmediata.

En el ámbito internacional, se está avanzando en diversos instrumentos para abordar estas amenazas, y ha sido el propio secretario general de la Organización de Naciones Unidas (ONU) el que ha señalado la urgencia de actuar[1].

En materia climática, el Acuerdo de París establece como objetivo mantener el aumento de la temperatura media mundial por debajo de 2.° C y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento 1,5.° C con respecto a los niveles preindustriales, así como la necesidad de lograr la neutralidad de emisiones en la segunda mitad del siglo[2]. Sin embargo, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) ha re-

[1] United Nations Meetings Coverage and Press Releases (2020).
[2] ONU (2015).

comendado lograr dicha neutralidad a 2050, de manera de evitar impactos significativos en la población y el ambiente[3].

Para alcanzar este objetivo, es necesario abordar el problema de manera transversal, considerando sus múltiples causas, siendo la prevención en la generación de residuos y su manejo apropiado un elemento esencial para lograr la meta establecida. Los residuos que no son manejados, o cuando dicho manejo es inadecuado, terminan produciendo variados efectos adversos para el ambiente y la salud de la población, tales como: la contaminación de los océanos, la obstrucción de desagües, la transmisión de enfermedades por la atracción de vectores, el aumento de problemas respiratorios por la quema de desechos, daño a la fauna que se alimenta de desechos, entre otros[4]. Adicionalmente, contribuyen al cambio climático de manera directa, principalmente con la emisión de metano de residuos en descomposición o, de manera indirecta, a través de la energía y emisiones generadas en la cadena de valor (suministro, producción y distribución).

A mayor abundamiento, un estudio de la Fundación Ellen MacArthur[5] señala que las actuales iniciativas para combatir el cambio climático se han enfocado en el papel fundamental de la energía renovable y las medidas de eficiencia energética, abordando un 55 % de las emisiones. Sin embargo, para cumplir las metas climáticas, también será necesario abordar el 45 % de emisiones restantes relacionadas con la fabricación de productos. Una economía circular ofrece un enfoque rentable y sistémico para enfrentar este desafío. El estudio muestra que, cuando se aplican a cuatro materiales industriales claves (cemento, acero, plástico y aluminio), las estrategias de economía circular podrían ayudar a reducir las emisiones en un 40 % hasta 2050 y cuando se aplican al sistema alimentario, la reducción podría llegar al 49 % el mismo año.

Por tanto, prevenir la generación de residuos y manejarlos de forma adecuada no solo es indispensable para proteger la salud de las personas y el ambiente local, sino que tiene un impacto directo en la reducción de emisiones y, en consecuencia, en la lucha contra el cambio climático.

En este contexto, y con miras a cumplir nuestros compromisos internacionales, durante el año 2022 se dictó la Ley n.° 21455, Ley Marco de Cambio Climático (LMCC), generando un cambio de paradigma en la gestión ambiental, descentralizando dicha gestión desde el Ministerio del Medio Ambiente (MMA) hacia los demás organismos de la Administración del Estado, de manera que estos tengan obligaciones y responsabilidades concretas,

[3] Intergovernmental Panel on Climate Change (2018).

[4] World Bank (2018), p. 1.

[5] Ellen MacArthur Foundation (2021).

ampliando así la gestión del cambio climático. A partir de esta nueva legislación, surge la necesidad de adoptar una mirada holística y transversal para enfrentar un problema de origen multifactorial.

Es dicha mirada transversal la que requiere integrar diversas acciones en pos de un fin común. Entre ellas, una gestión adecuada de los residuos que permita lograr los objetivos de la LMCC, esto es, la carbono neutralidad a más tardar a 2050. En materia de residuos también existen avances significativos con la dictación de la Ley n.° 20920, que Establece Marco para la Gestión de Residuos, la Responsabilidad Extendida del Productor y Fomento al Reciclaje (Ley n.° 20920), así como con una serie de instrumentos de política pública que promueven la economía circular.

Nuestro trabajo aborda la relevancia de prevenir la generación de residuos y manejarlos adecuadamente para enfrentar el cambio climático, así como las relaciones e interacciones entre la LMCC y la Ley n.° 20920, para lograr la carbono neutralidad. Para ello, abordamos el manejo de residuos y su impacto en el cambio climático, para luego revisar el manejo de residuos en Chile. Luego, describimos y detallamos los instrumentos contemplados tanto en la Ley n.° 20920 como en la LMCC. Por último, analizamos las oportunidades y mecanismos que estos cuerpos normativos representan para integrar la economía circular y la gestión de residuos con la gestión del cambio climático, de manera de alcanzar objetivos comunes.

I. Residuos y su impacto en el cambio climático

Una de las principales formas en que los residuos contribuyen al cambio climático es mediante la generación de Gases de Efecto Invernadero (GEI). Las emisiones asociadas a su tratamiento y eliminación impulsadas principalmente por la disposición en vertederos abiertos y rellenos sanitarios sin sistemas de captura de gases, representan alrededor del 5 % de las emisiones globales totales de GEI[6]. Este número es mucho mayor cuando se consideran sus emisiones indirectas, como señalamos anteriormente.

Las emisiones de GEI son el resultado de la recolección inadecuada de residuos, su disposición descontrolada en vertederos y su quema. Estos residuos liberan metano cuando se desechan en un ambiente con poco oxígeno, como un vertedero o un relleno sanitario, y liberan contaminantes y material particulado durante el transporte y las quemas ineficientes. El metano,gene-

[6] World Bank (2018), p. 118.

rado a partir de la descomposición de desechos orgánicos, es el mayor contribuyente del sector de desechos sólidos a las emisiones de GEI[7].

Sin perjuicio de lo señalado, cabe tener presente que el metano no se genera solo a partir de desechos orgánicos. Científicos de la Universidad de Hawái han llegado a la conclusión de que cuando los plásticos más utilizados se exponen a la radiación solar ambiental se degradan produciendo dos GEI, metano y etileno[8]. A mayor abundamiento, sostienen que el polietileno, que es el polímero sintético más producido y desechado en el ámbito mundial, es el emisor más prolífico de ambos gases[9].

Este hallazgo es de particular relevancia si consideramos la inmensa cantidad de residuos plásticos que se generan en la actualidad, lo que ha motivado un esfuerzo internacional que quedó plasmado en una resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Esta última crea un comité intergubernamental de negociación con la ambición de completar un proyecto de acuerdo global legalmente vinculante para fines de 2024[10].

Por otra parte, los residuos generados a partir de la ropa y textiles también pueden producir metano. A medida que se descompone la ropa, las fibras naturales como el algodón y la lana generan metano, que se libera al ambiente si el relleno sanitario no cuenta con medidas de control adecuadas[11]. Esto tiene alta significancia nacional, si consideramos que Chile es el primer importador de ropa usada en América Latina y que los descartes de dicha ropa son desechados en Alto Hospicio, Iquique y el desierto de Atacama, creando un gigantesco basurero de ropa. Es más, cerca de cincuenta y nueve mil toneladas anuales entran al país y, al menos, treinta y nueve mil toneladas terminan como basura en el desierto[12].

En este contexto, los residuos son un factor relevante en la emisión de GEI, en particular, de metano. Al respecto, cabe tener presente que este gas tiene un potencial de calentamiento global veinticinco veces mayor que el del CO_2 cuando se considera un horizonte temporal de cien años. Este potencial es hasta setenta y dos veces mayor que el del CO_2 cuando se aplica un horizonte temporal de veinte años[13]. De lo expuesto, queda de manifiesto cómo una reducción en las emisiones de metano puede tener efectos significativos e

[7] World Bank (2018), p. 118.
[8] Royer, Ferrón, Wilson & Karl (2018).
[9] *Ibid*.
[10] ONU Programa para el Medio Ambiente (2022).
[11] Ellen Macarthur Foundation (2017), p. 91.
[12] *El Mostrador* (2021).
[13] United Nations Environment Programme (2010), p. 9.

inmediatos en controlar el aumento de la temperatura a escala global, propendiendo al cumplimiento de la LMCC y el Acuerdo de París.

Asimismo, el manejo inadecuado de los residuos y la falta de políticas y regulaciones que promuevan una economía circular tienen un efecto amplificador en la generación de GEI de otros sectores de la economía. Su manejo inadecuado se convierte en un gran contribuyente de GEI, cuando se analiza con una mirada holística. Las decisiones sobre cómo se producen, transportan, utilizan y eliminan los bienes (como alimentos, envases de plástico y materiales de construcción) pueden marcar una gran diferencia en la cantidad de recursos utilizados, GEI emitidos, impactos ambientales creados y los desechos producidos[14].

En este orden de ideas, en 2009 la Environmental Protection Agency de Estados Unidos reasignó su Inventario de Emisiones de GEI utilizando un enfoque basado en sistemas, descubriendo que más del 40 % de las emisiones de GEI provenían de la producción, el transporte, el uso y la eliminación de bienes[15].

Por lo expuesto, se hace imprescindible reducir las emisiones del sector residuos mediante mejoras en los sistemas de recolección, reducción, reutilización, reciclado, manejo de residuos orgánicos, captura de GEI o recuperación energética[16].

Los beneficios climáticos de prevenir la generación de residuos y su adecuado manejo tienen relación con emisiones evitadas en los vertederos, reducción de la extracción y fabricación de materias primas, materiales recuperados, valorización energética[17], disminución de energía y combustible utilizados para otros procesos, entre otros.

Por último, cabe tener presente que no solo es esencial un manejo adecuado de residuos para combatir el cambio climático, sino que, también, este fenómeno puede tener un impacto nocivo sobre los propios sistemas de manejo. A medida que cambian los patrones climáticos, los sistemas de gestión de residuos deben prepararse para patrones climáticos extremos que pueden hacer que los desechos obstruyan los sistemas de drenaje durante inundaciones; que los rellenos sanitarios y vertederos colapsen bajo fuertes lluvias o que se generen daños a la infraestructura urbana que pueden aumentar drásticamente los volúmenes de residuos. Así, las ciudades deben procurar que sus sistemas de recolección, transporte y eliminación funcionen con independencia del impacto que enfrenten, ubicando sus instalaciones en lugares apropiados

[14] EPA (2022).
[15] *Ibid*.
[16] World Bank (2018), p. 119.
[17] United Nations Environment Programme (2010), p. 1.

y procurando su resiliencia[18]. En este sentido, es imprescindible planificar las ciudades de manera de reducir la vulnerabilidad, aumentar la resiliencia y, además, reducir la emisión de GEI[19].

II. El manejo de residuos en Chile

En línea con la tendencia existente en la mayoría de los países del mundo, la cantidad de residuos generados en el país ha ido en aumento en los últimos años producto del crecimiento económico y el aumento de la población[20]. En efecto, en la década de 2000, su generación en Chile aumentó en aproximadamente un 30 %, siendo el destino de la gran mayoría de estos su disposición final[21]. Estimaciones recientes indican que en el año 2019 se generaron alrededor de veinte millones de toneladas en el país, y que del total de residuos sólidos domiciliarios, casi la totalidad tuvo como destino su eliminación en rellenos sanitarios y vertederos, siendo valorizados en menos de un 1 %[22]. Con estos datos, nuestro país se sitúa en un preocupante penúltimo lugar entre aquellos países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que menos valorizan sus residuos[23].

La disposición final de esta inmensa cantidad de residuos no es inocua, y trae aparejadas múltiples consecuencias. En primer lugar, ha generado una creciente presión sobre la capacidad instalada disponible en nuestro país para seguir recibiéndolos. En efecto, de acuerdo con estimaciones recientes, hoy existirían alrededor de 128 sitios activos de disposición final, de los cuales varios ya cumplieron su vida útil[24]. Sin embargo, estas instalaciones los siguen recibiendo por no existir más alternativas disponibles para su eliminación, siendo inminente su colapso en los próximos años[25].

En segundo lugar, se ha traducido en un incremento de los conflictos socioambientales, lo que se debe al hecho de que la gran mayoría de los sitios de disposición final se han construido históricamente próximos a localidades más vulnerables. En efecto, desde un punto de vista social, se ha señalado que "el impacto de los residuos se concentra de manera desproporcionada en las personas pobres y marginadas de ciudades, pueblos y aldeas"[26].

[18] World Bank (2018), p. 119.
[19] Currie y Pérez (2021), p. 103.
[20] OCDE (2020), p. 4.
[21] OCDE (2016a), p. 25.
[22] Ministerio del Medio Ambiente (2021), p. 197.
[23] Fundación Terram (2016).
[24] Subsecretaría de Desarrollo Social y Administrativo (2019), p. 118.
[25] Fundación Terram (2019).
[26] ONU Programa para el Medio Ambiente (2013), p. 8.

De igual manera, genera diversos impactos medioambientales, que incluyen la contaminación del suelo y de aguas superficiales y subterráneas, contaminación atmosférica, malos olores, proliferación de vectores de enfermedades y la afectación de la salud y calidad de vida de las personas ubicadas en zonas aledañas a rellenos sanitarios o vertederos.

En particular, en lo que interesa para el análisis de este artículo, la disposición final ha implicado un incremento de las emisiones de GEI provenientes de los sitios de disposición final, los que contribuyen al cambio climático. En efecto, de acuerdo con el Informe del Inventario Nacional de Chile de 2020, el sector residuos representó el 6 % de las emisiones de GEI totales en el año 2018, aumentando en un 358 % desde 1990 y en un 14 % desde 2016. Lo anterior, en línea con lo descrito más atrás, se ha debido al aumento de la población, su modelo de consumo y el consiguiente aumento de la generación de residuos sólidos y líquidos[27]. A su vez, el mismo informe señala que el año 2018, el principal GEI generado fue el metano (CH_4), representando un 94 % de las emisiones del sector, seguido por el óxido nitroso (N_2O) y el dióxido de carbono (CO_2)[28].

Considerando lo expuesto, resulta urgente potenciar y promover una transición desde una economía lineal –basada en "producir-usar-desechar"–, hacia una economía circular, que al promover la reutilización, reparación y reciclaje de los materiales, reduce la generación de residuos y la demanda por nuevos recursos y, en consecuencia, contribuye a disminuir las emisiones de GEI provenientes de los sitios de disposición final y del procesamiento de nuevas materias primas[29]. En particular, la economía circular se basa en tres principios:

i) eliminar los residuos y la contaminación desde el diseño, evitando su generación desde un origen;
ii) mantener los productos y los materiales en uso, de manera tal que cuando un recurso entre en la economía, los esfuerzos estén puestos en evitar que este pierda su valor; y,
iii) regenerar los ecosistemas naturales, esto es, que el sistema económico busque no solo evitar impactos ambientales negativos, sino que, también, generar impactos positivos, por ejemplo, a través de la regeneración de la biodiversidad[30].

Los países desarrollados están elaborando y promoviendo regulaciones que van en esta dirección, precisamente en atención a la actual crisis climática. Así, por ejemplo, en marzo de 2022, la Comisión Europea presentó un

[27] Ministerio del Medio Ambiente (2020b), p. 17.
[28] Ministerio del Medio Ambiente (2020b), p. 465.
[29] Banco Interamericano de Desarrollo (2022), p. 76.
[30] Ellen MacArthur Foundation (2021), p. 20.

conjunto de iniciativas regulatorias para acelerar una transición hacia una economía circular, que incluyen, entre otras cosas: diseñar un plan de ecodiseño para el periodo 2022-2024; elaborar una estrategia para textiles sustentables y circulares y, finalmente, introducir modificaciones a regulaciones existentes para empoderar a los consumidores (por ejemplo, prohibiendo prácticas de *greenwashing* o la obsolescencia temprana de ciertos productos, mejorando la durabilidad de los mismos y su capacidad de reparación)[31].

Chile no se ha quedado atrás en esta materia, dando un primer paso para avanzar hacia una economía circular el año 2016, con la dictación de la Ley n.º 20920, cuyo objetivo es disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización. Lo anterior, a través de la instauración de la responsabilidad extendida del productor (REP) –que consiste en un régimen especial de gestión de residuos conforme al cual los productores de ciertos productos (denominados "productos prioritarios") son responsables de la organización y financiamiento de la gestión de los residuos de los productos que introduzcan en el mercado nacional–, así como otros instrumentos de gestión de residuos.

A mayor abundamiento, en los últimos años se han dictado diversas políticas y regulaciones que van en esta línea, y que buscan reducir las emisiones nacionales de GEI y adaptarse a los efectos del cambio climático. En particular, dando cumplimiento a los compromisos adquiridos en la Contribución Determinada a Nivel Nacional del año 2020 (NDC, por sus siglas en inglés)[32] en materia de economía circular, el año 2021 se dictó la "Hoja de ruta para un Chile circular al 2040". Esta última fija una serie de metas en el mediano y largo plazo para guiar y evaluar el avance nacional en esta materia, incluyendo, entre otros: la generación de empleos verdes, disminuir la generación de residuos sólidos municipales por habitante, aumentar las tasas de reciclaje y recuperar sitios afectados por la disposición final.

El mismo año, y también dando cumplimiento a los compromisos de la NDC en materia de economía circular, se dictó la Estrategia Nacional de Residuos Orgánicos Chile 2040, cuyo objetivo es pasar de un 1 % a un 66 % de valorización de los residuos orgánicos generados en el ámbito municipal al año 2040 y, en particular, que la ciudadanía genere sustancialmente menos residuos orgánicos y separe en origen aquellos que no logre evitar, además de contar con infraestructura, equipamiento y sistemas logísticos que permitan su valoriza ción, por ejemplo, siendo utilizados como mejoradores de suelo.

Cabe mencionar que, además, el MMA se encuentra trabajando en el tercer compromiso adquirido en materia de economía circular en la NDC,

[31] Oficina Europea del Medio Ambiente (2022).

[32] Ministerio del Medio Ambiente (2020a).

que tiene relación con implementar indicadores para hacer seguimiento a los avances de Chile en materia de economía circular, de manera tal que permitan identificar de qué forma ello está contribuyendo a la mitigación y adaptación del cambio climático.

En un contexto de crisis climática, como analizaremos a continuación, la Ley n.º 20920 puede tener un papel importante, pues a través de instrumentos como la REP o aquellos destinados a prevenir la generación de residuos y/o promover su valorización, puede ayudar a disminuir las emisiones de GEI que contribuyen al cambio climático. Lo anterior, aumentando la valorización de los residuos de los productos prioritarios afectos a la REP, evitando así que estos lleguen a rellenos sanitarios o vertederos, y puedan volver a ser utilizados en procesos productivos. Pero, además, aguas arriba, evitando la generación de GEI provenientes de la producción de material, por ejemplo, al mantener los productos por el mayor tiempo posible en uso.

III. Instrumentos de la Ley n.º 20920 para reducir la generación de residuos

En las evaluaciones de desempeño ambiental del año 2005, la OCDE recomendó a Chile profundizar la aplicación del principio de "el que contamina paga", así como evaluar la posibilidad de introducir instrumentos económicos en materia de manejo de residuos[33]. Dando cumplimiento a lo anterior, el año 2013 se ingresó un proyecto de ley al Congreso[34] destinado a hacerse cargo de la preocupante situación de Chile en cuanto a generación de residuos, en particular, a través de la instauración del instrumento económico de la REP. Esta última ha demostrado ser un instrumento eficiente en la experiencia comparada para aliviar la carga de los municipios en la gestión de los residuos, disminuir la cantidad que llegan a disposición final y aumentar las tasas de reciclaje[35]. En efecto, desde el año 2001 a la fecha, la cantidad y variedad de sistemas REP en el mundo ha aumentado significativamente, estimándose que en la actualidad existen alrededor de cuatrocientos de estos sistemas en operación en el ámbito mundial[36].

El referido proyecto de ley culminó con la dictación de la Ley n.º 20920, que fue promulgada y publicada en el *Diario Oficial* con fecha 1 de junio de 2016, y cuyo objetivo consiste en:

[33] OCDE (2005), p. 18.
[34] Véase *Boletín* n.º 9094-12, ingresado con fecha 10 de septiembre de 2013.
[35] OCDE (2016b), p. 2.
[36] *Ibid*.

> "disminuir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, a través de la instauración de la responsabilidad extendida del productor y otros instrumentos de gestión de residuos, con el fin de proteger la salud de las personas y el medio ambiente"[37].

Previo a su dictación, la regulación en la materia se caracterizaba por encontrarse dispersa "en cuerpos normativos de jerarquía disímil, focalizados en la recolección, transporte y disposición final, pero no en la prevención de la generación"[38].

En este contexto, esta normativa representa un cambio de paradigma en la forma en que gestionamos los residuos, que se manifiesta en el principio de "jerarquía en el manejo de residuos", conforme al cual se debe privilegiar, como primera alternativa, la prevención en la generación de residuos, luego, su reutilización, reciclaje y valorización energética, dejando como última alternativa, su eliminación[39].

En particular, la Ley n.º 20920 instaura diversos instrumentos destinados a prevenir tanto la generación de residuos o fomentar su valorización, entre los que destacan:

i) la REP;
ii) instrumentos destinados a prevenir la generación de residuos o fomentar su valorización; y,
iii) educación ambiental y el fondo para el reciclaje.

A continuación, nos referimos a cada uno de estos instrumentos, describiendo la forma en que contribuyen a que menos residuos se generen o, bien, a que menos lleguen a disposición final.

1. La REP y la dictación de decretos supremos de metas

Como adelantamos, el principal instrumento regulado por la Ley n.º 20920 es la REP, que consiste en un régimen especial de gestión de residuos, en virtud del cual los productores de ciertos productos –denominados "productos prioritarios"– son responsables de organizar y financiar la gestión de los residuos de dichos productos. Como su nombre lo indica, dicho instrumento busca extender la responsabilidad de los productores, de manera tal que se hagan cargo de los residuos en que se convierten los productos que introducen al mercado nacional, al final de su vida útil.

[37] Ley nº 20920, artículo 1.º.
[38] Dussaubat y Tapia (2016), p. 26.
[39] Ley n.º 20920, artículo 2 letra d).

En la implementación de este régimen, el MMA asume un papel relevante, pues debe dictar decretos supremos que establecerán metas de recolección y valorización, así como otras obligaciones asociadas, para los distintos productos prioritarios establecidos en la Ley n.° 20920, los que fueron incorporados en atención a criterios tales como: su consumo masivo, volumen significativo, peligrosidad, factibilidad de ser valorizados y experiencia a nivel comparado[40]. Estos productos corresponden a: los aceites lubricantes, aparatos eléctricos y electrónicos, baterías, envases y embalajes, neumáticos y pilas[41]. Sin perjuicio de lo anterior, la Ley n.° 20920 faculta al MMA a aplicar la REP a las categorías y subcategorías de otros productos.

En este contexto, los productores[42] –esto es, en términos generales, quienes introducen por primera vez un producto prioritario al mercado nacional– estarán obligados, entre otras cosas, a:

i) organizar y financiar la recolección de los residuos de los productos prioritarios en todo el territorio nacional, así como a su almacenamiento, transporte y tratamiento;
ii) cumplir con las metas y otras obligaciones asociadas, en los plazos, proporción y condiciones establecidos en el decreto supremo del producto prioritario de que se trate y
iii) asegurarse de que la gestión de los residuos de los productos prioritarios se realice por gestores autorizados y registrados[43].

Para dar cumplimiento a estas obligaciones, así como a otras establecidas en el marco de la REP, los productores podrán cumplir individual o colectivamente a través de un sistema de gestión. Este último, es definido en la Ley n.° 20920 como aquel

> "mecanismo instrumental para que los productores, individual o colectivamente, den cumplimiento a las obligaciones establecidas en el marco de la responsabilidad extendida del productor, a través de la implementación de un plan de gestión"[44].

De esta manera, cuando un productor decide cumplir de forma individual, deberá hacerlo por sí mismo, contratando directamente la gestión de los residuos con gestores autorizados y registrados. A su vez, cuando un productor decide cumplir sus obligaciones junto a otros productores, estos deberán constituir una persona jurídica nueva, que no distribuya utilidades entre sus

[40] *Historia de la Ley n.° 20920*, p. 8.
[41] Ley n.° 20920, artículo 10.
[42] Ley n.° 20920, artículo 3 n.° 21.
[43] Ley n.° 20920, artículo 9.
[44] Ley n.° 20920, artículo 3 n.° 27.

asociados, cuyo fin exclusivo será la gestión de los residuos de los productos prioritarios, y que será la responsable ante la autoridad[45].

La gran diferencia entre los sistemas individuales y colectivos de gestión, tiene relación con que solo los segundos deberán realizar licitaciones abiertas para contratar con gestores autorizados y registrados, lo que se traduce en un procedimiento concursal, mediante el cual el respectivo sistema de gestión realiza un llamado público convocando a los interesados para que, con sujeción a las bases fijadas, formulen propuestas para un servicio de manejo de residuos.

Además, en el caso de los sistemas colectivos de gestión, los productores deberán financiar los costos en que incurra la referida persona jurídica para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en el marco de la REP, lo que se traducirá en el pago de una tarifa que deberá fijarse sobre la base de criterios objetivos, tales como la cantidad de productos comercializados en el país y la composición o diseño de tales productos.

En este contexto, para obtener la autorización por parte del MMA y previo a comenzar su operación, tanto los sistemas individuales como colectivos de gestión deberán presentar un plan de gestión, esto es, un documento que detallará –entre otras cosas– la estrategia para lograr el cumplimiento de las metas y otras obligaciones asociadas establecidas en el decreto supremo de metas de que se trate, en todo el territorio nacional. Si dicho plan garantiza de forma razonable su eficacia para dar cumplimiento a las obligaciones establecidas en la Ley n.º 20920 y en el decreto de metas respectivo, será autorizado por el MMA[46].

A la fecha, se han publicado los decretos de metas de dos productos prioritarios: el DS n.º 8, de 2019, del MMA, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de neumáticos (DS n.º 8/2019) y el DS n.º 12, de 2020, del MMA, que establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes (DS n.º 12/2020). Ambos decretos, como ya hemos explicado, establecen metas de recolección y valorización, las que se traducen en porcentajes para cada año de vigencia del respectivo decreto, y que van aumentando gradualmente en el tiempo. Asimismo, crean obligaciones de acreditar que los productos obtenidos tras la valorización, han sido debidamente aprovechados como materia prima o insumo en nuevos procesos productivos[47].

A mayor abundamiento, es importante destacar que ambos decretos contemplan, dentro de los contenidos de los planes de gestión, un plan de prevención, que debe detallar las estrategias para prevenir la generación de re-

[45] Ley n.º 20.920, artículo 20.

[46] Ley n.º 20920, artículo 26.

[47] DS n.º 8/2019, artículo 29 y DS n.º 12/2020, artículo 28.

siduos[48]. Para el caso de neumáticos, a modo ejemplar, ello puede traducirse en acciones de innovación o difusión de prácticas de uso de neumáticos para evitar su desgaste, y en el caso de envases, en acciones o medidas que se reflejen en cambios de insumos y materias primas utilizadas en procesos productivos.

Como es posible advertir de lo expuesto, el cumplimiento de las metas y otras obligaciones asociadas se traducirá en que menos residuos llegarán a disposición final, por cuanto estos serán recolectados, valorizados y aprovechados en nuevos procesos productivos. En esta misma línea, los planes de prevención contemplados como una exigencia dentro de los planes de gestión, a su vez, lograrán el mismo resultado, pero de forma anticipada, al evitar que los residuos se generen en primer lugar. Lo anterior, al mismo tiempo, se traduce en la generación de menos GEI provenientes de rellenos sanitarios o vertederos.

2. Instrumentos destinados a prevenir la generación de residuos o promover su valorización

Si bien la REP es el principal instrumento regulado en la Ley n.° 2.920, esta última también faculta al MMA a dictar otro tipo de decretos supremos, distintos de aquellos que establecen metas para los productos prioritarios, y que tienen por objetivo prevenir la generación de residuos y/o fomentar su valorización.

En particular, la referida ley faculta al MMA a dictar los siguientes instrumentos, enlistados en su artículo 4.°:

i) ecodiseño;
ii) certificación, rotulación y etiquetado de uno o más productos;
iii) sistemas de depósito y reembolso;
iv) mecanismos de separación en origen y recolección selectiva de residuos;
v) mecanismos para asegurar un manejo ambientalmente racional de residuos y
vi) mecanismos para prevenir la generación de residuos, incluyendo medidas para evitar que productos aptos para el uso o consumo, según lo determine el decreto supremo respectivo, se conviertan en residuos.

A continuación, nos referiremos a los más relevantes:

[48] DS n.° 8/2019, artículo 11 letra i) y DS n.° 12/2020, artículo 13 letra i).

a) Ecodiseño

La Ley n.º 20920 lo define como la:

> "integración de aspectos ambientales en el diseño del producto, envase, embalaje, etiquetado u otros, con el fin de disminuir las externalidades ambientales a lo largo de todo su ciclo de vida"[49].

Se trata de un concepto que ha ido adquiriendo fuerza en el último tiempo, por atacar el problema de la generación desmedida de residuos de manera anticipada.

El ecodiseño puede traducirse en múltiples ejemplos, que incluyen:

i) la producción de bienes optimizando la cantidad de materiales y energía utilizada, lo que implica proteger nuestros recursos;
ii) la producción de bienes privilegiando la mono materialidad o uso de materiales biodegradables, lo que permite facilitar tanto el proceso productivo como el reciclado de dichos materiales al final de la vida útil del producto de que se trate;
iii) la producción de bienes utilizando materiales y diseños más duraderos, de manera tal de alargar la vida útil de estos; entre otros.

Si bien a la fecha el MMA no ha dictado ningún decreto supremo que regule este instrumento de forma específica, lo ha regulado indirectamente en el DS n.º 12/2020 como una obligación asociada, al disponer que los sistemas colectivos de gestión, a través de la modulación de sus tarifas –que explicaremos en detalle en capítulo V, deberán reconocer y bonificar las iniciativas de ecodiseño[50].

b) Certificación, rotulación y etiquetado de uno o más productos

Corresponde al único instrumento destinado a prevenir la generación de residuos y/o promover su valorización, cuya elaboración ha sido iniciada por el MMA, y que describiremos en detalle en el capítulo V.

c) Mecanismos de separación en origen y recolección selectiva, y mecanismos para asegurar un manejo ambientalmente racional de residuos

Mediante estos instrumentos, el MMA puede regular la recolección diferenciada de residuos[51], así como garantizar que estos se manejen de manera que

[49] Ley n.º 20920, artículo 3 n.º 7.
[50] DS n.º 12/2020, artículo 37.
[51] Ley n.º 20920, artículo 3 n.º 24.

el ambiente y la salud de las personas queden protegidas contra los efectos perjudiciales que puedan derivarse de ellos[52]. Si bien estos mecanismos pueden recaer sobre cualquier residuo, es posible advertir, como consta en la *Historia Fidedigna* de la Ley n.° 20920, que estos fueron incorporados mediante una indicación para regular el manejo de los residuos orgánicos[53].

A este último respecto, cabe mencionar que, si bien el MMA ha anunciado que se encuentra elaborando un proyecto de ley que busca avanzar hacia una gestión diferenciada de los residuos orgánicos, promover su valorización y potenciar la gestión municipal a este respecto[54], lo cierto es que el MMA ya se encuentra facultado por la Ley n.° 20920 para regular algunos de los aspectos que serán abordados en dicha iniciativa mediante estos mecanismos establecidos en su artículo 4.°. Lo anterior cobra especial relevancia considerando que, durante el transporte y disposición final de los residuos orgánicos se genera gas metano, que contiene un alto potencial de calentamiento global.

Como es posible advertir de lo expuesto, todos estos instrumentos permiten una reducción en la generación de residuos y la demanda por nuevos recursos y, en consecuencia, contribuyen a disminuir las emisiones de GEI provenientes de los sitios de disposición final y del procesamiento de nuevas materias primas.

3. Educación ambiental y el fondo para el reciclaje

Como mecanismo de apoyo a la REP, la Ley n° 20920 faculta al MMA a diseñar e implementar programas de educación ambiental y, además, crea un fondo para municipios y asociaciones de estos, destinado a financiar proyectos, programas y acciones para prevenir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización.

Ambos instrumentos –que analizaremos en detalle en el capítulo V– permiten prevenir la generación de residuos y promover su valorización, evitando que estos se generen o lleguen a disposición final. En consecuencia, también contribuyen a disminuir las emisiones de GEI.

Como explicaremos, los instrumentos detallados en este capítulo pueden tener un papel relevante en el marco de la implementación de la LMCC y el cumplimiento de sus objetivos. Sin embargo, previo a realizar dicho análisis, nos referiremos a la LMCC y a sus instrumentos, lo que permitirá comprender

[52] Ley n.° 20920, artículo 3 n.° 14.

[53] *Historia de la Ley n.° 20920*, pp. 278 y 316.

[54] Ministerio del Medio Ambiente (2022b).

cómo ambas regulaciones –LMCC y Ley n.º 20920– pueden complementarse e interactuar entre sí.

IV. Ley marco de cambio climático y sus instrumentos

Chile posee una alta vulnerabilidad a los efectos del cambio climático, de hecho, cumple siete de los nueve criterios de vulnerabilidad establecidos por la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático (CMNUCC)[55], a saber: áreas costeras de baja altura; zonas áridas y semiáridas; zonas con cobertura forestal y zonas expuestas al deterioro forestal; zonas propensas a los desastres naturales; zonas expuestas a la sequía y a la desertificación; zonas de alta contaminación atmosférica urbana y zonas de ecosistemas frágiles, incluidos los ecosistemas montañosos.

En este contexto, nuestro país ha avanzado en la gestión del cambio climático a través de una serie de políticas públicas y estrategias, y, recientemente, mediante la LMCC. Dicha ley, considerando las mejores prácticas en la materia, derivadas del derecho comparado, estableció una estructura con instituciones, instrumentos y objetivos, pero dejando que las medidas específicas para alcanzar dichos objetivos sean determinadas por los responsables de su implementación. De esta manera, se cuenta con metas claras, pero con la suficiente flexibilidad para ajustar las medidas y acciones, considerando nueva evidencia científica, tecnologías u otros elementos relevantes.

Además, la LMCC representa un cambio de paradigma en la manera en que se realiza la gestión ambiental en Chile. Tradicionalmente, el MMA ha sido el responsable de llevar adelante la política pública ambiental, elaborando e implementando instrumentos de gestión ambiental con la colaboración de los otros órganos de la Administración del Estado. Sin embargo, la mayoría de las veces dichos órganos no tienen obligaciones en la materia, por lo que solo colaboran o se involucran de una manera indirecta, o poco decidida, por cuanto estas materias no tienen prioridad en sus planificaciones ministeriales. Con la nueva legislación, la gestión climática se descentraliza del MMA y se vuelve una obligación transversal para aquellas autoridades sectoriales con mayor contribución en la emisión de GEI o que representan a los sectores con mayor vulnerabilidad a los efectos del cambio climático. De esta forma, dichos organismos tienen metas, responsabilidades y obligaciones que serán exigibles para alcanzar los objetivos de la ley.

[55] ONU (1992), artículo 4 n.° 8.

En materia de mitigación, la LMCC se propone alcanzar la neutralidad de emisiones de GEI[56], a más tardar, el año 2050. Al respecto, cabe destacar la ambición de esta meta, estando alineada con los requerimientos de la ciencia y directrices del IPCC, siendo Chile reconocido a escala internacional como el tercer país con mejores acciones contra el cambio climático, solo superado por Dinamarca y Suecia[57].

La lógica regulatoria que subyace a la LMCC se estructura sobre una serie de instrumentos de gestión del cambio climático, que giran sobre el eje de una meta legal a largo plazo y metas intermedias que se actualizan según los compromisos internacionales, de modo que funcionan en cascada, concatenando todos los instrumentos de menor jerarquía a un mismo fin, esto es, alcanzar y mantener la meta de neutralidad de emisiones de GEI, reducir la vulnerabilidad y aumentar la resiliencia climática del país[58].

A continuación, y considerando los objetivos de este trabajo, revisamos los Instrumentos de Gestión del Cambio Climático (IGCC) más relevantes de la ley y su interacción.

1. Estrategia Climática de Largo Plazo (ECLP)

Es el instrumento que articula la gestión del cambio climático, con una mirada a largo plazo, fijando objetivos de mitigación y adaptación, y entregando directrices a los órganos de la Administración del Estado para la implementación de los IGCC en todas las escalas territoriales.

Contiene el presupuesto nacional de emisiones de GEI[59] o *carbon budget*, de manera de mantener una trayectoria de emisiones que permita lograr las reducciones necesarias para alanzar la meta de la ley. Asimismo, el presupuesto nacional de emisiones está alineado con la NDC y los compromisos internacionales de Chile, debiendo ajustarse conforme dichos compromisos se vuelven más ambiciosos. El presupuesto debe establecerse considerando periodos de diez años, por lo que la ECLP lo fija a 2030 y 2050, contemplando fijar el presupuesto nacional a 2040 durante la revisión de este instrumento.

[56] Ley n.º 21455, artículo 3 letra m): estado de equilibrio entre las emisiones y absorciones de gases de efecto invernadero antropógenas, en un periodo específico, considerando que las emisiones son iguales o menores a las absorciones.

[57] *La Tercera* (2022).

[58] Currie y Sandoval (2021), p. 460.

[59] El artículo 3 n) de la LMCC lo define como la cantidad máxima de emisiones de gases de efecto invernadero acumulada a escala nacional en un periodo determinado y que representa la suma de las emisiones totales de dichos gases en cada año comprendido en el periodo respectivo definido para cumplir la meta del Acuerdo de París.

La relevancia de establecer un presupuesto de emisiones, en lugar de una meta de reducción de GEI, se manifiesta en que este no solo representa un porcentaje de disminución de emisiones en una época determinada, sino que, además, una cantidad de emisiones acumulada a través del tiempo, que se fija mediante metas intermedias, lo que permite asegurar la planificación y adopción temprana de medidas tendientes a su cumplimiento[60].

Asimismo, asigna presupuestos sectoriales de emisión de GEI para los sectores que representan las mayores emisiones de estos gases, con un horizonte de diez años. Por tanto, el presupuesto nacional de emisiones se divide entre estos sectores, para que cada uno lo incorpore en su planificación y no sobrepase el presupuesto asignado. De esta manera, los presupuestos a otorgar serán cada vez menores, logrando un decrecimiento en las emisiones y un desacople de las mismas y el crecimiento económico, con miras a lograr la meta de la ley.

También contiene objetivos y metas en materia de adaptación, entregando lineamientos de manera transversal para todas las acciones de adaptación que se ejecutarán en el país, considerando aspectos relativos a riesgos y vulnerabilidad.

Por otro lado, para velar por la adecuada implementación de los IGCC y el seguimiento de su avance, contiene criterios de monitoreo, reporte y verificación (MRV) del cumplimiento de las metas y medidas establecidas.

Finalmente, cuenta con "medios de implementación", mediante los cuales se busca lograr ciertos objetivos estratégicos para habilitar la ejecución de la Estrategia, a saber:

i) Desarrollo y transferencia de tecnología.
ii) Creación y fortalecimiento de capacidades y
iii) Lineamientos financieros.

2. Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC)

Es el instrumento que contiene los compromisos internacionales de Chile en materia de cambio climático, y constituye el mecanismo por el cual los Estados parte de la CMNUCC y el Acuerdo de París manifiestan su ambición climática. Cabe hacer presente que se trata de un instrumento que tiene un horizonte de diez años, pero que se actualiza cada cinco, por lo que representa las metas intermedias del país para alcanzar el objetivo de la ley.

En este sentido, interactúa con la ECLP, de manera que esta última se actualiza conforme a la ambición de la primera. Por tanto, si Chile incrementa

[60] Currie y Sandoval (2021), p. 464.

sus compromisos climáticos en la NDC, la ECLP se ajustará con un nuevo presupuesto nacional de emisiones, el que, a su vez, deberá ser dividido y asignado a las autoridades sectoriales respectivas, requiriendo una actualización de sus presupuestos sectoriales de emisión de GEI.

En este orden de ideas, contiene el contexto nacional sobre el balance de GEI y la vulnerabilidad del país al cambio climático, así como las metas nacionales de mitigación y adaptación. Asimismo, contiene la descripción de los medios de implementación, conforme a la ECLP.

3. Planes sectoriales de mitigación y adaptación

a) Planes Sectoriales de Mitigación (PSM)

Son IGCC que contienen las acciones o medidas para reducir o absorber GEI, de manera de no sobrepasar el presupuesto sectorial de emisiones asignado a cada autoridad sectorial en la ECLP[61].

Al tener un presupuesto sectorial asignado, la meta u objetivo para la autoridad sectorial respectiva está claramente determinada. La LMCC impone una obligación de resultados y no de medios, por lo que la autoridad sectorial respectiva tendrá la flexibilidad para utilizar aquellos mecanismos que estime más costo-eficientes para no sobrepasar el mencionado presupuesto.

En este orden de ideas, cabe hacer presente que para la LMCC, las autoridades sectoriales son aquellas que tienen competencia en los sectores que representan las mayores emisiones de GEI o la mayor vulnerabilidad al cambio climático en el país. En este caso, los sectores que más contribuyen GEI y que, por tanto, son las autoridades sectoriales que deben elaborar un PSM, son los ministerios: de Energía, de Transportes y Telecomunicaciones, de Minería, de Salud, de Agricultura, de Obras Públicas y de Vivienda y Urbanismo.

Deberán contener una descripción detallada de las medidas de mitigación en los ámbitos nacional, regional y comunal, así como las medidas relativas a los medios de implementación. En ambos casos, con indicación de plazos de ejecución y asignación de responsabilidades. Asimismo, indicadores de MRV, conforme a lo requerido por la ECLP.

Por último, cabe destacar que en este instrumento la autoridad sectorial respectiva podrá obligarse a la dictación, junto con el MMA, de normas de emisión de GEI.

[61] Ley nº 21455, artículo 8.

b) Planes Sectoriales de Adaptación (PSA)

Son IGCC que contienen el conjunto de acciones y medidas para lograr adaptar al cambio climático aquellos sectores con mayor vulnerabilidad y aumentar su resiliencia climática, de conformidad con los objetivos y las metas de adaptación definidas en la ECLP[62].

La LMCC enumera aquellos sectores que representan una mayor vulnerabilidad al cambio climático y encomienda a una autoridad sectorial la responsabilidad de elaborar el plan de adaptación respectivo, considerando sus competencias en la materia. Así, por ejemplo, el PSA de biodiversidad está a cargo del MMA; el de recursos hídricos, del Ministerio de Obras Públicas; el de silvoagropecuario, del Ministerio de Agricultura y el de ciudades, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, entre otros planes asignados a la autoridad sectorial respectiva.

Deberán contener una descripción detallada de las medidas de adaptación, con indicación de plazos de implementación y asignación de responsabilidades. Asimismo, deberán describir detalladamente las medidas tendientes a reducir y gestionar el riesgo creado por el cambio climático al sector que regula el plan, aplicando un enfoque territorial cuando corresponda. También, deben incluir las medidas relativas a los medios de implementación, así como indicadores de MRV, conforme a lo dispuesto por la ECLP.

4. Planes de Acción Regional y Comunal

Conforme al principio de territorialidad de la LMCC, las políticas, planes y programas del nivel nacional deberán tener presente la diversidad propia de cada territorio.

En este contexto, los Planes de Acción Regional y los Planes de Acción Comunal tienen por finalidad definir objetivos e IGCC a escala regional y comunal. Estos planes deberán ajustarse y ser coherentes con las directrices de la ECLP y con los PSM y PSA. Su elaboración corresponderá a los Comités Regionales para el Cambio Climático (CORECC) y a los municipios respectivos, y contendrán las medidas de mitigación y adaptación en su respectiva escala territorial. Asimismo, contendrán medidas relativas a los medios de implementación.

5. Normas de emisión de GEI y certificados de reducción de emisiones

Las normas de emisión de GEI son un IGCC que establece la cantidad máxima de estos gases que podrá emitir un establecimiento, fuente emisora o agru-

[62] Ley nº 21455, artículo 9.

pación de estas, en función de un estándar de emisiones de referencia por tecnología, sector y/o actividad.

Su finalidad es cumplir los objetivos de la ECLP y NDC, por lo que podrán ser incorporadas en los PSM respectivos, de manera de contribuir a que no se superen los presupuestos sectoriales de emisiones de GEI.

Las normas son elaboradas por el MMA con la colaboración de la autoridad sectorial con competencia en la materia y deberán contener, al menos, la cantidad máxima de emisión de uno o más GEI, expresado en toneladas de dióxido de carbono equivalente; el estándar de emisiones de referencia; el ámbito territorial y periodo de aplicación y sinergias con otros IGCC e instrumentos de gestión ambiental.

Al respecto, cabe tener presente que el estándar de emisiones de referencia podrá ser diferenciado por fuente considerando criterios de costo-efectividad, equidad, responsabilidad e impactos económicos, sociales y ambientales.

Estas normas son impugnables ante el tribunal ambiental competente y contemplan una legitimación activa amplia, facultando a interponer un recurso de reclamación a cualquier persona, natural o jurídica, que estime que no se ajusta a derecho.

Finalmente, cabe destacar que la LMCC crea un mecanismo que otorga flexibilidad al cumplimento de las normas señaladas, estableciendo la posibilidad de obtener y transar certificados de reducción de emisiones. Analizaremos con mayor detención este punto cuando nos refiramos a los mercados de carbono en el capítulo V.

6. Otros instrumentos

Cabe destacar que hay otros instrumentos de gran relevancia para la gestión del cambio climático, relativos a la certificación de la gestión de GEI, al Fondo de Protección Ambiental, al ordenamiento y planificación territorial, a modificación relacionadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, entre otras.

Considerando el ámbito de estudio de este trabajo, a continuación, abordaremos algunos de los instrumentos mencionados a propósito de su complementariedad con los instrumentos de la Ley n.° 20920.

V. Mecanismos para integrar la economía circular y gestión de residuos con la gestión del cambio climático

La Ley n.° 20920 y la LMCC presentan diversas oportunidades para integrar la economía circular y gestión de residuos con la gestión climática. Así, contie-

nen elementos que se complementan para lograr objetivos comunes, esto es, prevenir la generación de residuos y manejarlos de forma adecuada para contribuir en la reducción de las emisiones de GEI y alcanzar la meta de carbono neutralidad.

En este contexto, analizamos tres componentes que representan oportunidades entre ambos cuerpos normativos, para lograr la integración en comento, a saber:

i) Instrumentos para la gestión integrada de residuos y el cambio climático.
ii) Medios habilitantes comunes y
iii) Involucramiento de los regulados.

1. Instrumentos para la gestión integrada de residuos y el cambio climático

a) NDC y ECLP

Tanto la NDC como la ECLP contemplan medidas transversales para lograr objetivos de gestión climática a escala nacional. La NDC está relacionada con objetivos más generales que se comunican en el ámbito internacional, mientras que la ECLP es el instrumento articulador que pormenoriza la forma de cumplir estos compromisos internacionales, asignando responsabilidades y entregando directrices.

En este contexto, ambos IGCC han relevado la importancia de la gestión de los residuos, mencionándola de forma expresa. Así, la actualización de la NDC[63] de Chile, presentada en 2020, contempló un componente de integración, es decir, el desarrollo de estrategias complementarias que persiguen objetivos tanto de mitigación como adaptación. A mayor abundamiento, se incluyeron compromisos en materia de economía circular, uso de tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura y de océano.

En materia de economía circular se comprometió desarrollar una hoja de ruta de economía circular, desarrollar una estrategia nacional de residuos orgánicos, y generar e implementar métricas e indicadores de circularidad, para monitorear los avances del país en materia de economía circular e identificar su contribución a la mitigación y adaptación del cambio climático[64]. Los dos primeros compromisos, como adelantamos en la segunda sección de este trabajo, ya han sido cumplidos, estando pendiente solo el último. Adicio-

[63] Chile presentó su primera NDC el año 2015 y, como hemos descrito en este trabajo, este instrumento se actualiza cada cinco años.

[64] Ministerio del Medio Ambiente (2020a), pp. 50-51.

nalmente, dispone que para cumplir la meta de carbono neutralidad, 100 % de los residuos domésticos urbanos deberán ser depositados en rellenos sanitarios con sistemas de quema o uso de biogás al año 2035[65].

Asimismo, la ECLP contiene obligaciones y objetivos que permiten alcanzar aquellos compromisos establecidos en la NDC y agrega nuevas metas en materia de gestión de residuos y de economía circular.

Dichas metas se construyen sobre la base de medidas y acciones plasmadas en la ECLP que Chile presentó en la Conferencia de las Partes (COP) 26 de la CMNUCC, durante el año 2021. Cabe tener presente que este es un instrumento legalmente vinculante. Lo anterior, de conformidad con los establecido en el artículo primero transitorio de la LMCC, que señala que dicha ECLP mantendrá su vigencia para todos los efectos legales y deberá ser actualizada en el año 2030. Por tanto, las metas y acciones que establece este instrumento están en directa relación con los objetivos de la LMCC y las autoridades sectoriales deberán adoptar las medidas necesarias para cumplir estos objetivos, incorporándolas en sus PSM.

Al respecto, el MMA actúa como contraparte técnica de las autoridades sectoriales en la elaboración y actualización de los PSM[66], por lo que en dicha función deberá velar por que las obligaciones señaladas más atrás sean recogidas de forma adecuada. Una vez incorporadas en los PSM, se vuelve mucho más sencillo su seguimiento, mediante los indicadores de MRV que deben incorporarse.

A continuación, describimos algunas de las metas más relevantes en materia de gestión de residuos y economía circular, que son esenciales para cumplir los objetivos de la LMCC y donde los instrumentos de la Ley n.° 20920 cumplen un papel fundamental.

En primer lugar, dentro del "Objetivo 1: Eliminar la basura y la contaminación desde el diseño", cabe destacar la meta de tener implementado a 2025 un etiquetado obligatorio de reciclabilidad. Como adelantamos en el capítulo III de este trabajo, la Ley n.° 20920 faculta expresamente al MMA para establecer, mediante decreto supremo, diversos instrumentos destinados a prevenir la generación de residuos y/o promover su valorización, dentro de los cuales se encuentra el etiquetado de uno o más productos.

Para dar cumplimiento a esta meta de la ECLP, a comienzos de 2022, el MMA dio inicio a la elaboración de un decreto supremo que regulará un etiquetado obligatorio para envases de productos alimenticios, de higiene personal y de limpieza del hogar, los que se estima corresponden a aquellos residuos de envases que mayormente se generan a escala domiciliaria.

[65] Ministerio del Medio Ambiente (2020a), p. 90.

[66] Ley n.° 21455, artículo 16 letra f).

En principio, dicho etiquetado contendrá información relativa a los componentes, materialidad e instrucciones para el reciclaje de los envases antes mencionados, con lo cual se busca modificar el comportamiento de los consumidores finales, entregándoles información clara y estandarizada[67]. Lo anterior, con el objetivo de facilitar y orientar el proceso de identificación y manejo de los residuos generados por estos, evitando que lleguen a disposición final y, en consecuencia, generen emisiones de GEI.

En segundo lugar, dentro del "Objetivo 2: Mantener productos y materiales en uso por el mayor tiempo posible", cabe destacar la meta de tener implementada la regulación de la REP para textiles al año 2025. Como explicamos, si bien la Ley n.º 20920 establece ciertos productos prioritarios –dentro de los cuales no se encuentran los productos textiles–, faculta expresamente al MMA a aplicar la REP a las categorías y subcategorías de otros productos, para lo cual deberán considerarse, entre otros, los siguientes criterios: volumen, peligrosidad, potencial de valorización, etcétera.

A mayor abundamiento, la "Hoja de ruta para un Chile circular al 2040", contempla ampliar la gama de productos prioritarios sujetos a la REP, y un reciente estudio encargado por el MMA, identifica entre los potenciales nuevos productos prioritarios, precisamente a los textiles[68].

Por último, y, si bien no se enmarca dentro del sector residuos, sino que en salud, en el "Objetivo 3: Incluir las implicancias para la salud de las medidas de mitigación y adaptación en las políticas económicas y fiscales (desde su diseño) en los distintos sectores, adoptando el enfoque salud en todas las políticas", cabe destacar la meta de que a 2030 la totalidad de los rellenos sanitarios que cuenten con autorización sanitaria deberá cumplir con la reglamentación sobre biogás. Lo anterior es relevante, considerando que la operación de este tipo de instalaciones –como hemos expuesto en este trabajo– genera emisiones de GEI provenientes de la descomposición de residuos orgánicos, que, si son capturados antes de su emisión a la atmósfera, pueden ser utilizados como biogás para diversos fines, como la generación eléctrica[69].

b) Planes Sectoriales de Mitigación (PSM) y decretos supremos de la Ley n.º 20920

Los PSM incorporarán las medidas necesarias para cumplir los objetivos de la LMCC y no superar sus respectivos presupuestos sectoriales de emisión de

[67] Resolución exenta n.º 42, de 17 de enero de 2022, del Ministerio del Medio Ambiente, que da inicio al proceso de elaboración del decreto supremo que regula el etiquetado de uno o más productos.

[68] Ministerio del Medio Ambiente (2022a), p. 3.

[69] Gobierno de Chile (2021), p. 81.

GEI. Para lograr lo anterior, se deberá considerar el inventario de emisiones de GEI del sector respectivo, de manera de adoptar medidas que permitan gestionar dichas emisiones, en consideración de sus fuentes.

En el caso del Ministerio de Salud, como autoridad sectorial, deberá elaborar un PSM que aborde las emisiones de GEI provenientes de los rellenos sanitarios. Como ya hemos adelantado en este trabajo, dichas emisiones son relevantes puesto que incluyen el gas metano, con un potencial de calentamiento global muy elevado.

Este PSM podrá establecer medidas de ejecución directas, así como comprometer otras que serán elaboradas durante el periodo de vigencia de dicho plan. Por ejemplo, se podrá comprometer la dictación de una norma de emisión de GEI que regule fuentes específicas, la que deberá elaborarse por el MMA con la colaboración del Ministerio de Salud, según veremos más adelante.

Asimismo, podría comprometerse, también, junto con el MMA, la dictación de un decreto supremo establecido en la Ley n.° 20920. Al respecto, cabe tener presente que fijar en un PSM la obligación de dictar uno de estos decretos, tendría gran relevancia, pues permitiría agilizar su tramitación y dictación, incidiendo de manera significativa en la cantidad de residuos que llegan a disposición final y, en consecuencia, en la generación de GEI.

En particular, y en relación con las metas de la ECLP, el PSM podrá incluir la dictación de un decreto supremo de metas para productos textiles. Con ello, se aumentarían las tasas de reciclaje de los residuos de estos productos, y se evitaría que lleguen a vertederos y liberen gas metano proveniente de materiales orgánicos (tales como el lino, la seda y el algodón) o microplásticos, cuando su origen es sintético[70].

En este mismo sentido, el PSM podrá incluir la obligación de dictar un decreto supremo del artículo 4° de la Ley n.° 20920, en particular, que regule el etiquetado obligatorio para ciertos envases, cuyo proceso ya ha sido iniciado por el MMA, según fue expuesto anteriormente.

Por otra parte, se debe destacar que la incorporación de plazos para la dictación de los decretos supremos de la Ley n.° 20920, en el PSM del Ministerio de Salud, permitirá una gestión integrada del sector, actuando el MMA y Salud conjuntamente para el manejo de residuos y la reducción de GEI. Es más, por disposición expresa de la LMCC, ambos ministerios deben firmar el decreto supremo[71] que aprueba el PSM.

Un incentivo adicional al cumplimiento de estos compromisos, es que la LMCC establece una sanción para aquellas autoridades sectoriales que no

[70] InduAmbiente (2021).

[71] Ley n.° 21455, artículo 8.

cumplan o se retrasen en más de seis meses en el cumplimiento de sus obligaciones, disponiendo la medida disciplinaria de multa equivalente a media remuneración mensual para el jefe superior del órgano o servicio de la Administración del Estado, previa instrucción de una investigación sumaria o sumario administrativo, llevado por la Contraloría General de la República. Si persiste en esta actitud, se le aplicará el doble de la sanción indicada y la suspensión en el cargo por cinco días[72].

c) Normas de emisión de GEI

Estas normas permiten abordar uno de los mayores problemas asociados al manejo de residuos y su impacto en el cambio climático, esto es, la emisión de GEI generada a partir de la descomposición de residuos orgánicos en rellenos sanitarios que no cuentan con los sistemas de captura necesarios para evitar o disminuir la emisión de dichos gases.

A este respecto, es importante recordar que la autoridad sectorial con competencia en la materia es el Ministerio de Salud y que dicha Secretaría de Estado tiene la obligación de elaborar un PSM. En ese plan podrá disponer una serie de medidas y compromisos para no sobrepasar su presupuesto sectorial de emisiones, dentro de los cuales podría considerar la elaboración de normas de emisión de GEI, que al igual que en el caso descrito en el literal anterior, debe ejecutarse junto con el MMA.

La norma de emisión podría regular a los rellenos sanitarios como fuentes emisoras, imponiéndoles un límite de emisión de GEI que deban cumplir sobre la base de tecnología. Esta norma permitiría la incorporación de medidas para reducir las emisiones de los rellenos sanitarios, así como una fiscalización certera por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente.

2. Medios habilitantes comunes

Tanto la Ley n.° 20920 como la LMCC contemplan ciertos medios habilitantes que facilitan y fortalecen el proceso de construcción de aquellos instrumentos que articularán la gestión climática y de residuos. En este contexto, identificamos tres medios habilitantes comunes y transversales para la gestión de residuos y el cumplimiento de los objetivos de la LMCC. Estos son:

a) Educación;
b) Participación ciudadana y
c) Financiamiento.

[72] Ley n.° 21455, artículo 17.

a) Educación

Se trata de un instrumento de gestión ambiental, según lo indica el artículo 6 de la Ley n.° 19300. Debido a su relevancia, tiene un papel preponderante en la LMCC, que establece la "creación y fortalecimiento de capacidades" como un medio de implementación de la ECLP.

Al respecto, la ECLP, siguiendo el mandato de la LMCC, dispone la elaboración de una estrategia de desarrollo de capacidades y empoderamiento climático, que persigue una serie de objetivos, entre ellos: generar capacidades y competencias laborales en las personas y organizaciones, para avanzar hacia la carbono neutralidad y la resiliencia frente a los efectos del cambio climático. Asimismo, sensibilizar y educar ambientalmente a niños, jóvenes y adultos, a través de la educación formal en todos sus niveles (parvularia, básica, media y superior)[73].

En este contexto, la LMCC entrega la responsabilidad al Ministerio de Educación de desarrollar estos contenidos en permanente coordinación con el Ministerio de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación, el MMA y los demás ministerios competentes.

A mayor abundamiento la LMCC dispuso la modificación del Consejo de Ministros para la Sustentabilidad, cambiando su nombre al de Consejo de Ministros para la Sustentabilidad y el Cambio Climático (CMSyCC), incorporando a su integración al Ministerio de Educación y al de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación.

De igual manera, cabe señalar que el CMSyCC es también el encargado de pronunciarse sobre los decretos supremos de la Ley n.° 20920, por lo que se generan sinergias evidentes para la incorporación de la gestión de residuos en aquellos instrumentos relativos al cambio climático. Asimismo, la educación es transversal en ambas temáticas.

En efecto, la Ley n.° 20920 establece a la educación ambiental como un mecanismo de apoyo a la REP. En particular, dispone que el MMA deberá diseñar e implementar programas de educación ambiental destinados a transmitir conocimiento y crear conciencia en la comunidad sobre la prevención en la generación de residuos y su valorización, con especial consideración del territorio donde se aplicarán dichos programas. En esta labor, pueden ser partícipes distintos actores, como los recicladores de base, gestores y productores[74].

Asimismo, la Ley n.° 20920 faculta expresamente a los municipios para promover la educación ambiental de la población en materia de prevención en la generación de residuos y su valorización, y para diseñar e implementar es-

[73] Gobierno de Chile (2021), p. 219 y ss.

[74] Ley n.° 20920, artículo 29.

trategias de comunicación y sensibilización a este respecto[75]. En este sentido, los municipios también pueden incluir estos lineamientos en sus Planes de Acción Comunales de Cambio Climático, considerando su estrecha relación con la gestión del cambio climático.

Al respecto, cabe mencionar que el Fondo para el Reciclaje –como detallaremos más adelante– contiene distintas líneas de financiamiento para los municipios y asociaciones de estos, dentro de los cuales se encuentra la sensibilización ciudadana en esta materia, así como la promoción del conocimiento técnico municipal y de los recicladores de base.

Por último, dentro de las obligaciones asociadas que pueden regularse en los decretos supremos de metas asociados a la implementación de la REP, la Ley n.º 20920 contempla el diseño e implementación de estrategias de comunicación y sensibilización[76].

Como es posible advertir de lo anterior, la educación ambiental y el fortalecimiento de capacidades tienen un papel crucial para lograr los objetivos tanto de la Ley n.º 20920 como de la LMCC, en tanto permiten abordar el problema de la generación desmedida de residuos, su manejo inadecuado y la contribución de estos al cambio climático, con un enfoque preventivo, creando mayor conciencia y promoviendo cambios conductuales de manera temprana. Por tanto, se trata de un medio habilitante que se puede trabajar en forma paralela para potenciar sus resultados.

b) Participación ciudadana

El involucramiento de la ciudadanía en los procesos regulatorios es fundamental para dotarlos de legitimidad, robustecer su contenido y facilitar su implementación. En este sentido, la LMCC dispuso que deberán existir etapas de participación ciudadana en todos sus instrumentos, contando con instancias formales de consulta pública. Asimismo, dispuso la creación o modificación de la institucionalidad vigente, de manera de buscar una mayor representatividad de la ciudadanía, por ejemplo, con la incorporación de representantes de la sociedad civil en los CORECC, que son aquellos órganos encargados de coordinar la elaboración de los IGCC en el ámbito regional y comunal.

En este mismo orden de ideas, la participación ciudadana se ve fortalecida con una serie de sistemas de información que crea la LMCC, así como con el establecimiento de un principio de participación ciudadana que dispone que es deber del Estado contar con los mecanismos que permitan asegurar

[75] Ley n.º 20920, artículo 30.

[76] Ley n.º 20920, artículo 13 letra d).

la participación de toda persona o agrupación de personas en la gestión del cambio climático, tanto a escala nacional como regional y local.

En esta misma línea, la Ley n.° 20920 reconoce el principio participativo, en virtud del cual "la educación, opinión e involucramiento de la comunidad son necesarios para prevenir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización"[77].

Dicho principio se traduce en que los procedimientos de elaboración de los distintos decretos supremos establecidos en la Ley n.° 20920 contemplan:

i) la posibilidad de que cualquier persona –natural o jurídica– pueda aportar antecedentes técnicos, económicos y sociales sobre la materia a regular;
ii) la consulta del anteproyecto de decreto supremo a organismos públicos competentes y privados;
iii) una etapa de consulta pública del anteproyecto de decreto y
iv) la posibilidad de que cualquier persona que considere que el decreto respectivo no se ajusta a la Ley n.° 20920 y le causa perjuicio, pueda interponer un recurso de reclamación ante los tribunales ambientales.

Finalmente, cabe mencionar que el reglamento de la Ley n.° 20920, faculta a que cualquier persona –natural o jurídica– pueda solicitar la revisión de un decreto supremo de metas de la REP, para lo cual deberán acompañarse los antecedentes que justifiquen la necesidad de hacerlo[78].

c) Financiamiento

Existen diversas oportunidades de financiamiento para involucrarse en la gestión climática y de residuos. Al respecto, mencionaremos dos fondos relativos a la LMCC y la Ley n.° 20920.

La LMCC modifica el Fondo de Protección Ambiental. Al respecto, cabe tener presente que dicho fondo es un instrumento contemplado en la Ley n.° 19300, pero mediante la LMCC se amplía su ámbito de aplicación, creando una línea de financiamiento para proyectos y acciones concretas de mitigación y adaptación, que contribuyan a enfrentar las causas y los efectos adversos del cambio climático, considerando el principio de territorialidad[79].

[77] Ley n.° 20920, artículo 2 letra f).

[78] DS n.° 8/2017, artículo 35.

[79] Dicho principio, consagrado en el artículo 2 letra j) de la LMCC, dispone que las políticas, planes y programas del nivel nacional deberán tener presente la diversidad propia de cada territorio a escala comunal, regional y macrorregional, mientras que los instrumentos de carácter local o regional deberán ajustarse y ser coherentes con los instrumentos de carácter nacional.

Por su parte, la Ley n.° 20920 crea el Fondo para el Reciclaje, destinado a financiar proyectos, programas y acciones para prevenir la generación de residuos y fomentar su reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización, ejecutados por municipalidades o asociaciones de estas[80].

En particular, dicho fondo contempla diversas líneas de financiamiento, dentro de las cuales pueden enmarcarse distintos proyectos, programas o acciones, y que tienen relación con:

i) la sensibilización ciudadana para prevenir la generación de residuos y fomentar la separación en origen, reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización;
ii) la promoción del conocimiento técnico municipal y de los recicladores de base para prevenir la generación de residuos y fomentar la separación en origen, recolección selectiva, reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización y
iii) la implementación de proyectos de infraestructura para fomentar la reutilización, reciclaje y otro tipo de valorización[81].

A este último respecto, cabe aclarar que dicho fondo no se limita a prevenir la generación o promover la valorización solo de residuos de productos prioritarios. En efecto, si bien la incorporación de estos es un criterio a considerar en la evaluación y selección de los distintos proyectos, programas y acciones[82], no es un requisito para el otorgamiento de financiamiento. Así, por ejemplo, el octavo llamado del referido fondo tuvo por finalidad –entre otras cosas– financiar equipamiento para el pretratamiento de residuos orgánicos[83], que como hemos explicado a lo largo de este trabajo, corresponden a la principal fuente de emisión de gas metano.

3. Involucramiento de los regulados

Los regulados cumplen un papel determinante para poder alcanzar el objetivo de carbono neutralidad, así como las metas en materia de gestión de residuos. En este contexto, analizaremos algunos mecanismos con los que cuentan para ser partícipes activos en la implementación de los cuerpos legales en estudio, los que pueden traducirse en beneficios para estos.

a) Certificaciones

Tanto en la LMCC como en la Ley n.° 20920, los regulados tienen la posibilidad de obtener certificados que permitan distinguir sus productos o esta-

[80] Ley n.° 20920, artículo 31.
[81] DS n.° 7/2017, artículo 3.
[82] DS n.° 7/2017, artículo 9 letra e).
[83] DS n.° 7/2017, artículo 9 letra e).

blecimientos e incidir en los patrones de compra de los consumidores. Además, se abordan riesgos reputacionales asociados con el valor de la marca derivados de altos niveles de contaminación, consumo de energía y emisiones de GEI, por lo que las empresas debiesen hacer los máximos esfuerzos para mejorar su reputación, evitando la desviación de consumidores a productos de la competencia, lo que, a la postre, será castigado con una baja en el valor de sus acciones[84].

La LMCC permite la certificación voluntaria de GEI, facultando al MMA para otorgar certificados, rótulos o etiquetas a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, respecto de la cuantificación, gestión y reporte de las emisiones de GEI y forzantes climáticos de vida corta, así como la reducción o absorción de dichos gases y forzantes, que sean voluntariamente solicitados y cumplan con los criterios, metodologías y requisitos que dispondrá un reglamento.

Por su parte, la Ley n.° 20920 introdujo el artículo 48 ter a la Ley n.° 19300, que faculta al MMA a otorgar certificados, rótulos o etiquetas a personas naturales o jurídicas públicas o privadas, respecto de tecnologías, procesos, productos, bienes, servicios o actividades, que sean voluntariamente solicitados u obligatoriamente requeridos y cumplan con los criterios de sustentabilidad y contribución a la protección del patrimonio ambiental del país, lo que se encuentra supeditado a la elaboración de un reglamento que creará el procedimiento para su otorgamiento.

A este respecto, es importante destacar que la obtención de dichos certificados puede ser beneficioso en el contexto de la REP de envases y embalajes. Como explicamos más atrás, ; los sistemas colectivos de gestión deben financiar los costos en que incurra la persona jurídica que se constituya, a través del pago de una tarifa. Esta última, de acuerdo con el DS n.° 12/2020, debe ser proporcional a la cantidad de envases introducidos en el mercado nacional por cada productor que integra dicho sistema. Sin perjuicio de lo anterior, la tarifa podrá modularse en consideración al costo que tiene para el respectivo sistema de gestión cumplir con las metas, así como recargos o bonificaciones que consideren ciertos criterios de ecodiseño.

Dentro de estos últimos, se considerarán:

i) las complejidades que presenta el envase para realizar su recolección en el país o para que sea efectivamente valorizado y
ii) si el envase incorpora material reciclado en Chile, siempre y cuando los residuos utilizados en el proceso de reciclaje también se hayan generado en el país.

[84] Aylwin y Currie (2021), pp. 16-17.

De igual manera, el DS n.º 12/2020 dispone que se tendrán en especial consideración, entre otros, los criterios que el MMA establezca mediante los decretos supremos del artículo 4º de la Ley n.º 20920, y aquellos en virtud de los cuales se otorguen certificados, rótulos o etiquetas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 ter de la Ley n.º 19300, antes referenciado.

En consecuencia, si un productor que forma parte de un sistema colectivo de gestión introduce al mercado envases más fáciles de recolectar o valorizar; estos incorporan material reciclado proveniente de residuos generados en el país o, bien, incluyen otros criterios de ecodiseño, podría pagar una tarifa menor.

b) Mercado de carbono

La LMCC permite acreditar el cumplimiento de los límites de emisión establecidos en las normas de emisión de GEI, mediante certificados asociados a proyectos de reducción o absorción de emisiones de dichos gases. Lo anterior otorga flexibilidad en el cumplimiento, por cuanto los regulados pueden reducir en su propia fuente o mediante certificados de reducción, en otras fuentes donde sea más costo-efectivo.

De esta forma, se crean las bases para un mercado de carbono que favorece la reducción eficiente de las emisiones y el desarrollo de nuevas tecnologías. Los regulados tienen incentivos para reducir por debajo de lo exigido por la norma de emisión respectiva, de manera que el delta obtenido por el sobrecumplimiento pueda ser transado y utilizado por fuentes menos eficientes.

Asimismo, se podrán acreditar reducciones utilizando certificados de proyectos de reducción o absorción de GEI que pueden provenir, incluso, de actores no regulados, pero que tienen un interés en generar estos proyectos y participar en un mercado de carbono. Estos proyectos pueden tener variada naturaleza y, por ejemplo, relacionarse con tecnologías de captura de emisiones de GEI en rellenos sanitarios.

c) Proyectos de reducción en la generación de residuos

El DS n.º 12/2020 entrega la posibilidad de que los productores de envases y embalajes puedan presentar proyectos al MMA, que contengan medidas destinadas a disminuir las toneladas de envases y embalajes que se requieran para enajenar la misma cantidad del bien de consumo envasado y/o embalado, de modo tal de disminuir el impacto ambiental asociado a la introducción en el mercado nacional de dichos bienes.

En particular, dichos proyectos deberán contemplar: una descripción de las características actuales del envase que se reemplazará y del nuevo envase; una

descripción del bien de consumo envasado que es introducido al mercado, en relación con el uso que le da el consumidor final y las diferencias que tendría este antes y después de la implementación del proyecto; un análisis de los impactos ambientales negativos que podría tener la venta del bien de consumo en el nuevo formato; entre otros.

De ser aprobados por el MMA, los productores que hayan presentado dichos proyectos obtendrán un beneficio que se traducirá en la disminución en su obligación de valorización, la que será proporcional a la disminución en los residuos generados como consecuencia de la implementación del proyecto aprobado.

Conclusiones

El cambio climático es el desafío más importante de nuestra era. Sus impactos son cada vez más severos y notorios, siendo urgente adoptar medidas de mitigación y adaptación que permitan afrontar este nuevo escenario de crisis de la mejor forma posible. Para lograr lo anterior, es necesaria una respuesta transversal de todos los sectores, en cada escala territorial, considerando las oportunidades y sinergias que pueden generarse entre instrumentos que apunten a fines comunes.

En este contexto, la economía circular y la gestión de los residuos representan una contribución muy significativa para alcanzar el objetivo de la carbono neutralidad, mediante la prevención en la generación de los residuos y su adecuado manejo.

A lo largo de este trabajo, analizamos los instrumentos de la Ley n.° 20920 y la LMCC, así como las oportunidades que dichos cuerpos normativos representan para lograr los objetivos anteriormente mencionados. Así, identificamos aquellos instrumentos que permiten integrar la gestión de los residuos y del cambio climático, describimos los medios habilitantes para permitir dicha integración y, finalmente, reflexionamos sobre las oportunidades que tienen los regulados para ser actores relevantes en la materia.

Integrar la economía circular y la gestión de residuos con la gestión climática supone grandes oportunidades para enfrentar desafíos comunes. En este sentido, no hay una sola forma de abordar la crisis climática. Será solo la interacción de instrumentos, el compromiso del sector público, la participación ciudadana y el involucramiento del sector privado, lo que generará el cambio necesario para mejorar nuestra convivencia y relación con el ambiente.

Bibliografía

Aylwin, Martín y Currie, Robert. (2020): "Desafíos para las empresas en un escenario de cambio climático: ¿El fin del business as usual?", *Revista de Derecho Ambiental*, n.° 13. Disponible en https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/54174/61533 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Currie Ríos, Robert y Pérez González, Gonzalo (2021): "Cambio climático y planificación urbana: Desafíos y oportunidades para la Evaluación Ambiental Estratégica", *Revista de Derecho Ambiental*, vol. 2, n.° 16. Disponible en https://revistaderechoambiental.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/60524 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Currie Ríos, Robert y Sandoval Valdés, Paulina (2021): "Elementos para una legislación climática efectiva y el necesario cambio de paradigma en la gestión ambiental". *Actualidad Jurídica*, n.° 44. Disponible en https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2021/08/AJ-N-44-julio-2021-Currie-Robert-y-Sandoval-Paulina-Elementos-para-una-legislaci%C3%B3n-.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Dussaubat, Jean Paul y Tapia, Claudio (2016): "Ley de Fomento al Reciclaje: Hacia la responsabilidad extendida del productor". Disponible en www.fima.cl/RevistaJusticiaAmbientalVIII.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Royer, Sarah-Jeanne; Ferrón Sara; Wilson, Samuel T. & Karl David M. (2018): *Production of methane and ethylene from plastic in the environment*. Disponible en www.researchgate.net/publication/326756457_Production_of_ methane_and_ethylene_from_plastic_in_the_environment [fecha de consulta: noviembre 2022].

Normas

Historia de la Ley nº 20920, establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5030/ [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

Boletín n.° 9094-12, establece marco para la gestión de residuos y responsabilidad extendida del productor. Disponible en www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/oficios.aspx?prmID=9501&prmBOLETIN=9094-12 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

DS n.° 7/2017, Reglamento del fondo para el reciclaje. Ministerio del Medio Ambiente, 17 de octubre de 2017. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1109335 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

DS n.° 8/2017, Reglamento que regula el procedimiento de elaboración de los decretos supremos establecidos en la Ley nº. 20920, Ministerio del Medio Ambiente, 30 de noviembre de 2017. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1111512 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

DS n.º 8/2019, establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de neumáticos, Ministerio del Medio Ambiente, 20 de enero de 2021. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1154847 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

DS n.º 12/2020, establece metas de recolección y valorización y otras obligaciones asociadas de envases y embalajes, Ministerio del Medio Ambiente, 16 de marzo de 2021. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1157019 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

Ley n.º 20920 (2016), establece marco para la gestión de residuos, la responsabilidad extendida del productor y fomento al reciclaje. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1090894 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

Ley nº 21455 (2022), Ley Marco de Cambio Climático. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1177286 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

Otros documentos

Banco Interamericano de Desarrollo (2022): *Prosperidad libre de carbono: cómo los gobiernos pueden habilitar 15 transformaciones esenciales*. Disponible en https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Prosperidad-libre-de-carbono-como-los-gobiernos-pueden-habilitar-15-transformaciones-esenciales.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Ellen Macarthur Foundation (2017): *A new textiles economy: Redesigning fashion's future*. Disponible en https://emf.thirdlight.com/file/24/uiwtaHvud8YIG_uiSTauTlJH74/A%20New%20Textiles%20Economy%3A%20Redesigning%20fashion%E2%80%99s%20future.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Ellen Macarthur Foundation (2021): C*ompleting the picture: How the circular economy tackles climate change*. Disponible en https://emf.thirdlight.com/link/w750u7vysuy1-5a5i6n/@/preview/1?o [fecha de consulta: noviembre 2022].

El Mostrador (2021): "El problema chileno de las toneladas de ropa usada y la necesidad de repensar lo que nos ponemos". Disponible en www.elmostrador.cl/generacion-m/2021/11/12/el-problema-chileno-de-las-toneladas-de-ropa-usada/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

EPA (2022): *Resources, Waste and Climate Change*. Disponible en www.epa.gov/smm/resources-waste-and-climate-change [fecha de consulta: noviembre 2022].

Fundación Terram (2016): C*hile es el segundo país que más basura envía a rellenos*. Disponible en www.terram.cl/2016/08/chile-es-el-segundo-pais-que-mas-basura-envia-a-rellenos/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Fundación Terram (2019): *La preocupante situación de los vertederos en chile: 43 ya cumplieron su vida útil*. Disponible en www.terram.cl/2019/04/la-preocupante-situacion-de-los-vertederos-en-chile-43-ya-cumplieron-su-vida-util/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Gobierno de Chile (2021): *Estrategia climática de largo plazo de Chile. Camino a la carbono neutralidad y resiliencia a más tardar al 2050*. Disponible en https://unfccc.int/sites/default/files/resource/CHL_LTS_2021.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

InduAmbiente (2021): *Reciclaje a la moda*. Disponible en www.induambiente.com/especial/residuos/reciclaje-a-la-moda [fecha de consulta: diciembre 2022].

Intergovernmental Panel on Climate Change (2018): *Special Report: Global Warming of 1.5 ºC. Summary for Policymakers*. Disponible en hwww.ipcc.ch/sr15/chapter/spm/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

La Tercera (2022): "Chile se ubica como el tercer país del mundo con mejores acciones contra el cambio climático". Disponible en www.latercera.com/pulso/noticia/chile-se-ubica-como-el-tercer-pais-del-mundo-con-mejores-acciones-contra-el-cambio-climatico/UBDC5HRN2FAOLNVVP36D2VMQ4Y/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Ministerio del Medio Ambiente (2020a): *Contribución Determinada a Nivel Nacional (NDC) de Chile. Actualización 2020*. Disponible en https://mma.gob.cl/wp-content/uploads/2020/04/NDC_Chile_2020_espan%CC%83ol-1.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Ministerio del Medio Ambiente (2020b): *Informe del inventario nacional de Chile 2020: Inventario nacional de gases de efecto invernadero y otros contaminantes climáticos 1990-2028*. Disponible en https://unfccc.int/sites/default/files/resource/7305681_Chile-BUR4-1-2020_IIN_ CL.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Ministerio del Medio Ambiente (2021): *Sexto reporte del estado del medio ambiente*. Disponible en https://sinia.mma.gob.cl/wp-content/uploads/2022/04/REMA2021-comprimido.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Ministerio del Medio Ambiente (2022a): *Consultoría para la evaluación de nuevos productos prioritarios para la Ley REP de Chile*. Disponible en http://catalogador.mma.gob.cl:8080/geonetwork/srv/spa/resources.get?uuid= fd24f6b3-7e3f-4b99-8695-9a62e98bdee3&fname=Consultor%C3%ADa%20para%20la%20Evaluaci%C3%B3n%20de%20Nuevos%20Productos%20Prioritarios%20para%20la%20-Ley%20REP%20de%20Chile.pdf&access=public [fecha de consulta: diciembre 2022].

Ministerio del Medio Ambiente (2022b): *Ministerio del Medio Ambiente impulsará proyecto de ley para aprovechar los residuos orgánicos de los hogares*. Disponible en https://mma.gob.cl/ministerio-del-medio-ambiente-impulsara-proyecto-de-ley-para-aprovechar-los-residuos-organicos-de-los-hogares/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Oficina Europea del Medio Ambiente (2022): *Unpacking the Circular Economy Package*. Disponible en https:/ /eeb.org/wp-content/uploads/2022/04/CE-Briefing-April-4-2022.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

ONU (1992): *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. Disponible en https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

ONU (2015): *Acuerdo de París*. Disponible en https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

ONU Programa para el Medio Ambiente (2013): *Guía para la elaboración de estrategias nacionales de gestión de residuos*. Disponible en https://cwm.unitar.org/publications/publications/cw/wm/UNEP_UNITAR_NWMS_Spanish.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

ONU Programa para el Medio Ambiente (2022): *Día histórico en la campaña para combatir la contaminación por plásticos*. Disponible en www.unep.org/es/noticias-y-reportajes/comunicado-de-prensa/dia-historico-en-la-campana-para-combatirla [fecha de consulta: noviembre 2022].

OCDE (2005): *Evaluaciones de desempeño ambiental*. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/ 11362/1288/1/S0500003_es.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

OCDE (2016a): *Evaluaciones del desempeño ambiental. Chile*. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/ handle/11362/40308/S1600413_es.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

OCDE (2016b): *Extended Productor Responsibility, Policy Highlights, Guidance for efficient*. Disponible en www.oecd.org/environment/waste/Extended-producer-responsibility-Policy-Highlights-2016-web.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

OCDE (2020): *Environmental at a Glance Indicators, Circular economy - waste and materials*. Disponible en www. oecd.org/environment/environment-at-a-glance/Circular-Economy-Waste-Materials-Archive-February-2020.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Subsecretaría de Desarrollo Social y Administrativo (2019): *Estudio de factibilidad del funcionamiento de tecnologías que procesen residuos sólidos domiciliarios, asimilables y otros*. Disponible en www.subdere.gov.cl/sites/default/files/documentos/Estudio%20de%20Tecnologi%CC%81as%20para%20Tratamiento%20RSD.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

United Nations Environment Programme (2010): *Waste and Climate Change: Global trends and strategy framework*. Disponible en https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/8648/Waste&ClimateChange.pdf?sequence=3&amp%3BisAllowed= [fecha de consulta: noviembre 2022].

United Nations Meetings Coverage and Press Releases (2020): *Alongside Pandemic, World Faces 'Triple Planetary Emergency', Secretary-General Tells World Forum for Democracy, Citing Climate, Nature, Pollution Crises*. Disponible en https://press.un.org/en/2020/sgsm20422.doc.htm [fecha de consulta: noviembre 2022].

World Bank (2018): *What a Waste 2.0: A Global Snapshot of Solid Waste Management to 2050*. Disponible en https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/30317 [fecha de consulta: noviembre 2022].

CONCESIONES SANITARIAS: CÓMO SE INSERTAN EN EL ACTUAL MODELO DE GESTIÓN COLECTIVA DE LAS AGUAS

WATER SUPPLY CONCESSIONS: HOW THEY ARE INSERTED IN THE CURRENT MODEL OF COLLECTIVE WATER MANAGEMENT

Natalia Dasencich Celedón[*]

RESUMEN: Este trabajo tiene por objetivo analizar la interfaz que se produce entre las concesiones sanitarias con la gestión colectiva de las aguas en la fuente y los otros usos presentes en una cuenca. Para ello, primero, se expone sucintamente el régimen de concesiones sanitarias y sus atributos para, luego, entrar en los efectos que producen en el resto de los usuarios, tanto en épocas de abundancia como de sequía ordinaria o severa. A continuación, se intenta dilucidar si la redistribución que realizan las Juntas de Vigilancia debe privilegiar el derecho humano al agua y saneamiento o, bien, un consumo urbano multipropósito. Por último, se reflexiona sobre la necesidad de introducir modificaciones al sistema de concesiones sanitarias para producir un cambio estructural de la demanda que haga posible un uso equitativo del recurso.

PALABRAS CLAVES: concesiones sanitarias, gestión colectiva, sequía, redistribución, derecho humano al agua.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze the interface between water supply concessions and the collective management of water at the source and other uses in a basin. To this end, first we describe the regime of water

[*] Abogada Universidad de Chile. MSc Governance of Risks and Resources, Universidad de Heidelberg. Profesora de Derecho de Aguas del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Pontifica Universidad Católica de Chile y Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: ndasencich@andradeleiva.cl

supply concessions and its attributes, and then the effects they produce on the rest of the users, both in times of abundance and in times of ordinary or severe drought are discussed. It then attempts to elucidate whether the redistribution carried out by the Surveillance Boards should privilege the human right to water and sanitation or a multipurpose urban consumption. Finally, we reflect on the need to introduce modifications to the water supply concession system in order to produce a structural change in the demand that makes possible an equitable use of the resource.

Keywords: Water supply concessions, collective management, drought, redistribution, human right to water.

Introducción

En materia sanitaria, a partir de la vigencia de la Ley General de Servicios Sanitarios de 1989 (LGSS), y la regulación que derivó de ella[1], Chile transitó desde un modelo estatal para la prestación del servicio básico de provisión de agua potable, a uno de carácter concesional con la participación del sector privado. Mediante la figura de la concesión sanitaria fue posible delegar en los ciudadanos la gestión de este servicio público, combinando los principios económicos que imperaban en ese entonces –principio de subsidiaridad, libertad de empresa, fomento de la inversión– con la satisfacción del interés público sin comprometer el interés común. Con ello se buscó ampliar la cobertura a la totalidad de la población urbana y desarrollar la infraestructura necesaria para el tratamiento de las aguas servidas, casi inexistente. No cabe duda de

[1] i) DFL MOP n.° 382 de 1989, Ley General de Servicios Sanitarios (www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5545); ii) DFL MOP n.° 70 de 1988: Ley de Tarifas (www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=4427); iii) Ley n.° 18902, Orgánica de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30274); iv) Ley n.° 18778, sobre subsidios al agua potable y alcantarillado; v) Ley n.° 18885, Ley de las Empresas Santarias (www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30157); vi) Decreto MOP 1199/2004, Reglamento de la LGSS (www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=243794&idParte=0); vii) Decreto MINECON 453/89, Reglamento de la Ley de Tarifas (www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=98618); viii) Decreto MINECON 385/00, Comisión de Expertos Tarifarios (www.bcn.cl/leychile/navegar?i=186251&f=2001-06-08); ix) Decreto MOP 214/05 sobre Adquisición de Bienes y Servicios de Licitación Pública (www.bcn.cl/leychile/navegar?i=240857); Decreto MOP N°50/02, Reglamento de Instalaciones Domiciliarias de Agua Potable y Alcantarillado (www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=207101) y x) Decreto Hacienda n.° 195/98. Reglamento sobre Subsidios (www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1154254&f=2021-01-06). Todos consultados el 2 de diciembre de 2022.

que la finalidad de este nuevo sistema fue ampliamente cumplida y Chile hoy es el país que exhibe coberturas cercanas al 100 % en zonas urbanas, tanto en provisión como de saneamiento, ubicándose con ello entre los países que mejor realizan este servicio a escala mundial.

La institución central de este exitoso sistema es la concesión que puede definirse como la técnica administrativa en virtud de la cual una actividad que es declarada como un "servicio público" es delegada en su gestión a los ciudadanos a través de la creación administrativa de un título a favor de los particulares por el cual se les transfiere en la práctica la responsabilidad de la calidad, y otras características, de un servicio público en particular. En esta delegación la autoridad se reserva poderes estatales para controlar la actividad del concesionario. Ello con la finalidad de resguardar los objetivos de interés público que debe satisfacer la concesión[2].

El servicio público de agua potable constituye un ciclo, denominado ciclo sanitario, que se compone de cuatro etapas:

i) producción de agua potable;
ii) distribución;
iii) recolección de aguas servidas y
iv) disposición de aguas servidas.

Cada una de estas etapas debe ser objeto de una concesión y deben operar de forma integrada para cumplir satisfactoriamente con el ciclo sanitario como un solo todo. Para efectos de este artículo, y analizar la compatibilidad actual de este sistema con la gestión colectiva de las aguas en la fuente, se centrará el análisis en la definición y alcance de las dos primeras etapas del ciclo esto es, la etapa de producción y distribución. Ello porque son los dos primeros eslabones de la cadena sanitaria que inciden de modo más directo e inmediato en la gestión colectiva y distribución del agua en la fuente, conforme se explica más adelante. En cuanto a los dos eslabones o etapas siguientes (recolección de aguas servidas y disposición), estos constituyen la segunda parte del ciclo sanitario y operan una vez que el agua ya fue consumida por los usuarios finales. En ese sentido, no dependen ni inciden directamente de la distribución del agua que se realiza en la fuente natural, sino de la ejecución de las dos primeras etapas del ciclo. Atendido que en Chile la gestión colectiva ha tenido un mayor desarrollo en las fuentes superficiales, el análisis se acota a lo que sucede con la gestión colectiva que realizan las Juntas de Vigilancia en este tipo de fuentes.

[2] Vergara (2015).

I. Concesiones de producción de agua potable y distribución y atributos de la prestación del servicio

Tal como se indica en los párrafos anteriores, las dos concesiones que inciden de forma inmediata en la distribución de las aguas a nivel de fuente son:

i) concesión de producción de agua potable y
ii) concesión de distribución.

La primera consiste en "la captación y tratamiento de agua cruda, para posteriormente distribuirla en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas que posibiliten el consumo humano"[3]. Para obtener una concesión sanitaria, el solicitante debe acreditar a la autoridad que cuenta con los derechos de aprovechamiento de aguas necesarios para abastecer de modo permanente a los usuarios de su área de servicio (con al menos 90 % de probabilidad de excedencia para todo el programa de desarrollo), derechos que deben ser, por regla general, consuntivos, permanentes y continuos (artículo 12 n.° 3 de la LGSS). Por su parte, el segundo tipo de concesión (de distribución) se hace cargo de la conducción del agua ya potabilizada, a través de las redes públicas exigidas por la urbanización conforme a la ley (artículo 5.° de la LGSS). Para cumplir con sus obligaciones, el concesionario de esta etapa deberá contar con el recurso agua, ya sea porque también tiene a su cargo la concesión de producción o, bien, porque la adquiere en cantidades suficientes de otra concesionaria con la cual se relaciona[4]. Esta etapa concluye con la provisión de agua potable al usuario final, el que está obligado al pago mensual de un precio o tarifa cuyo monto se determina en función del volumen que decida consumir.

La incidencia determinante de ambos tipos de concesiones en la distribución de agua cruda que se realiza en la fuente natural está dada por los atributos con que estas concesiones deben contar. En efecto, la principal obligación de todo concesionario sanitario es garantizar la calidad y continuidad de sus servicios, los que solo pueden ser suspendidos por causa de fuerza mayor o cortes programados para la mantención y reparación de la red (artículo 35 de la LGSS). Como indica David Peralta[5], a partir de esta obligación, el concesionario sanitario debe cumplir con varios atributos en la prestación de sus servicios tales como: la presión del agua en las cañerías, su calidad y su continuidad. Para ello, los sistemas de producción y distribución de deben cumplir en cuanto a su diseño y operación con requisitos mínimos que hagan posible

[3] Peralta (2019), p. 32.
[4] *Ibid.*
[5] *Ibid.*

un suministro permanente los 365 días del año. Para que el cumplimiento del atributo de continuidad sea posible es necesario que el titular de la concesión de producción cuente, en el punto de captación de agua cruda en la fuente, con un suministro constante y estable en el tiempo que le permita alimentar de forma ininterrumpida las plantas de tratamiento que potabilizan el agua. Evidentemente, la regulación exige obras de almacenamiento mínimas a las empresas sanitarias para hacer frente a contingencias puntuales que se presenten en la fuente natural y permitan a la concesionaria operar de forma autónoma ante escenarios como contaminación de las aguas en la fuente, turbiedad o aluviones. Ello con el objetivo de salvaguardar la continuidad del suministro[6]. Sin embargo, estas obras están concebidas para eventos de corta duración y de carácter esporádicos[7] y no para el cambio de las condiciones hidrológicas de la fuente como el que Chile ha experimentado en los últimos catorce años de escasez en que cada año es más seco que el anterior.

El sistema de concesiones sanitarias diseñado en los términos consagrados en la LGSS fue exitoso; sin embargo, ello fue así porque fue concebido bajo condiciones hidrológicas diferentes de relativa abundancia. Hoy las condiciones de base son diametralmente opuestas: Chile experimenta una escasez estructural de las aguas frente a la cual la regulación sanitaria no se ha adaptado y ha devenido en una normativa que –para cumplir con sus fines sectoriales– ya no es compatible con las necesidades del resto del sistema de las cuencas. En ese sentido es necesario avanzar en modificaciones que hagan posible que los concesionarios sanitarios puedan seguir prestando sus servicios cumpliendo con el importante atributo de la continuidad; pero haciendo cargo a los consumidores finales de las externalidades que sus decisiones de consumo producen en el resto del sistema hídrico.

[6] Véase Norma chilena n.º 691 de 2015 sobre agua potable, producción, conducción, almacenamiento y distribución. Requisitos de diseño. Disponible en www.inn.cl/es-aprobada-norma-tecnica-nacional-nch6912015-agua-potable-produccion-conduccion-almacenamiento-y [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

[7] La mayor infraestructura con que una empresa sanitaria chilena cuenta para hacer frente a las contingencias en la fuente, son los megaestanques de Pirque. Estos consisten en seis estanques de reserva de agua cruda que en su conjunto tienen una capacidad para almacenar un volumen estimado de 1 500 000 m^3. Ello con el objetivo de mejorar la seguridad de abastecimiento de agua potable para la ciudad de Santiago permitiendo mantener en funcionamiento las plantas de tratamiento de ante eventos de alta turbiedad en el río Maipo. Junto con las obras de seguridad existentes estas obras proporcionan treinta y dos horas de operación en forma autónoma del río Maipo antes de tener que cortar el suministro en gran parte de las comunas de la Región Metropolitana. Véase https://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=2131743627 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

II. Gestión colectiva de las aguas en la fuente en épocas de abundancia y sequía

En Chile, la gestión y distribución de las aguas contenidas en las fuentes naturales (bien nacional de uso público), es entregada a los mismos titulares de los DAA, quienes pueden constituirse en Junta de Vigilancia. Estas son instituciones de base privada; sin embargo, cumplen una función pública. Para ello cuentan con potestades asimilables a las potestades de la administración, las que deben ser realizadas conforme a las disposiciones del C*ódigo de Aguas*[8]. Una vez constituida una Junta de Vigilancia, la pertenencia a ella no es voluntaria, sino obligatoria, y la jurisdicción de esta alcanzará a toda persona natural o jurídica que en cualquier forma aproveche las aguas que la Junta de Vigilancia administra[9].

De acuerdo con lo anterior, la distribución que debe realizar la Junta de Vigilancia se encuentra regulada por las normas del C*ódigo de Aguas*, las que disponen en términos generales que esta distribución debe hacerse conforme a los derechos de aprovechamiento de cada uno de sus miembros. Ello en época de normalidad, puesto que cuando los caudales comienzan a descender entran en juego las reglas de la sequía, que distinguen entre escenarios de sequía ordinaria y sequía severa (o extraordinaria).

1. Concepto de sequía

Para comprender el fenómeno de la sequía y su regulación es necesario tener presente que no existe una definición única y generalmente aceptada de esta. Ello porque, tal como explica el Dr. Basilio Espíldora[10], la sequía además de ser un fenómeno hidrometeorológico objetivo (que puede ser muy extendido en el tiempo) es también un fenómeno relativo que tiene consecuencias económicas, sociales y ambientales que dependerán de múltiples variables tales como la cantidad de personas que dependen de la cuenca o fuente especifica, las actividades económicas que se desarrollan, la existencia de infraestructura hídrica, etc. En ese mismo sentido Bonifacio Fernández señala:

> "Las sequías son el resultado de un proceso complejo en el que intervienen tanto la oferta, o disponibilidad de recursos hídricos, como la demanda, o necesidades de un sistema de aprovechamiento en par-

[8] Respecto de la naturaleza de las OUA, véase sentencia de reemplazo de la Corte Suprema de fecha 23 de octubre de 2017, en recurso de casación rol: 99899-2016.

[9] Véase artículo 263 del C*ódigo de Aguas*.

[10] Espíldora (2022).

> ticular. La primera está gobernada por fenómenos naturales y depende de las condiciones climatológicas, meteorológicas o hidrológicas del lugar. La segunda es en función de las actividades humanas y los niveles de desarrollo o utilización del agua"[11].

Es por ello por lo que, en general, se habla de sequía hidrológica y sequía relativa. Ello para dar cuenta, por ejemplo, de la diferencia que puede existir entre los efectos de una sequía prolongada en una cuenca despoblada y sin actividad económica, con los efectos de otra sequía –pero características similares–, en una cuenca que aloja grandes urbes, produce energía eléctrica y es la fuente de riego de miles de hectáreas de producción agrícola.

La legislación nacional se hace cargo del segundo tipo de sequía; esto es, la sequía relativa. Así se desprende del artículo 314 del *Código de Aguas* y la resolución de la DGA n.º 1331 de 7 de junio de 2022, que establece los procedimientos y criterios técnicos en que deben fundarse los decretos de escasez hídrica que tiene que dictar la autoridad en periodos de sequía severa o extraordinaria. En esa resolución la DGA establece diversos criterios cuantitativos para definir zonas de escasez hídrica conforme a índices de valores estandarizados; sin embargo –coherente con el concepto de sequía relativa– también considera factores particulares del área a analizar tales como: la capacidad de regulación interanual, los volúmenes de agua almacenados y la capacidad de las captaciones existente. Adicional a lo anterior la DGA puede también ponderar antecedentes de orden cualitativo

> "que digan relación con restricciones al consumo humano y saneamiento, que afecten, o puedan afectar significativamente la calidad de vida de las personas, reducción de plantaciones debido a la pérdida de cultivos que afecten gravemente la economía local, pérdida de ganado que afecte gravemente la economía local, o aumento del riesgo o ampliación de la temporada de incendios"[12].

Consecuente con lo anterior, la regulación distingue entre dos categorías de sequía:

i) Sequía ordinaria, en que la baja de caudales es moderada y no alcanza umbrales que producen efectos importantes en la satisfacción de la demanda y
ii) Sequía severa o extraordinaria en que se cumplen los criterios cuantitativos y cualitativos establecidos por la DGA para declarar el fe-

[11] Fernández (1997), p. 38.

[12] Resolución de la DGA n.º 1331 de 7 de junio de 2022, que establece los procedimientos y criterios técnicos en que deben fundarse los decretos de escasez hídrica. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1177291 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

nómeno como tal y habilitar con ello al Presidente de la República para dictar el correspondiente decreto de zona de escasez, conforme lo dispone el artículo 314 del *Código de Aguas*.

2. Distribución de las aguas en juntas de vigilancia en escenarios de sequía

En atención a lo expuesto en los párrafos anteriores, para determinar el marco normativo al que deben ceñirse las Juntas de Vigilancia para distribuir las aguas que administran, es necesario distinguir el escenario al que esta se enfrenta, esto es:

i) sequía ordinaria o
ii) sequía severa o extraordinaria.

i) Sequía ordinaria

Cuando sobrevienen circunstancias de sequía ordinaria, la fuente o río entra en "reparto a prorrata", lo que significa que no habiendo caudales suficientes para satisfacer en dotación completa a todos los DAA de ejercicio permanente constituidos en la fuente, los usuarios deben bajar los caudales en sus captaciones en proporción a sus DAA. En este escenario, la Junta de Vigilancia debe suspender el ejercicio de los derechos eventuales[13] y aprobar en directorio una tabla de reparto, que, usualmente, es elaborada por el repartidor general o juez de río[14], y que se basa en los DAA de cada uno de los miembros de la Junta de Vigilancia. Los repartos diarios de caudales –que pueden ser varios en el día y en la noche– deben ajustarse a la demarcación aprobada por el directorio por todo el tiempo que dure la condición de escasez. Asimismo, el directorio puede adoptar otras medidas de distribución, pero siempre que esas medidas se ajusten a los DAA de sus usuarios, tales como turnos o mantención de cuentas corrientes de volúmenes intercambiados conforme a criterios de estacionalidad y oportunidad de ejercicio[15]. En este escenario de escasez, si en la cuenca o fuente en cuestión existen obras de regulación y acopio que permitan gestionar de mejor manera la disponibilidad de agua y ajustarla a la demanda, el reparto a prorrata y demás acuerdos de distribución extraordinaria que adopte la Junta de Vigilancia, suelen ser suficientes para sortear la sequía y con ello evitar la intervención de la autoridad.

[13] Artículo 18, inc. 1.° del *Código de Aguas*: Los derechos de ejercicio eventual solo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente.

[14] Véase artículo 17, relacionado con los artículos 266 y 274 y siguiente.

[15] Artículo 274, número 2 del *Código de Aguas*.

Respecto del ejercicio de los DAA de empresas sanitarias en escenarios de sequía ordinaria, si estas cuentan con infraestructura de acumulación de suficiente capacidad, que les permita planificar sus reservas para enfrentar los periodos de más consumo de agua potable y menor disponibilidad de agua cruda en la fuente, el prorrateo de los caudales disponibles no afectará el normal funcionamiento de la concesión.

ii) Sequía severa o extraordinaria

Distinta es la situación de sequía severa (o extraordinaria) en que se cumplen con los criterios que dispone la citada resolución de la DGA n.º 1331. En este caso la prorrata y otros mecanismos y acuerdos que puedan alcanzar los titulares de los DAA al interior de la Junta de Vigilancia, en el marco de las reglas que les da el *Código de Aguas*, ya no son suficientes para reducir al mínimo los daños generales de la sequía y es necesario acudir a la redistribución del recurso. En estas circunstancias, las decisiones que los usuarios adopten exceden sus intereses y pueden comprometer el bien público en general. Es por ello que se gatilla el mecanismo dispuesto en el artículo 314 del *Código de Aguas* que dispone que el Presidente de la República, previo informe de la DGA, puede dictar un decreto de escasez hídrica[16]. En este caso la DGA puede exigir a la Junta de Vigilancia la presentación de un acuerdo de redistribución, dentro de los quince días de dictado el decreto presidencial de escasez, que tenga por objetivo reducir al mínimo los daños generales de la sequía y, en especial, garantizar "el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5º bis de Código de Aguas"[17]. Este acuerdo debe contener las condiciones técnicas mínimas y las obligaciones y limitaciones que aseguren que, en la redistribución de las aguas entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, precaviendo la comisión de graves faltas o abusos. En caso de que la Junta de Vigilancia no presente el acuerdo dentro de plazo o, bien, acompañándolo no garantiza la priorización recién indicada, la DGA puede suspender las atribuciones de la Junta y los seccionamientos (si existiesen) para realizar ella misma la redistribución de las aguas en las fuentes.

Es decir, ya sea en el acuerdo de los mismos usuarios –que deberá ser aprobado por la DGA– o, bien, en la redistribución que, en definitiva, realice la

[16] El informe de la DGA debe ser realizado conforme a lo dispuesto en la resolución de la DGA 1331 de 5 de junio de 2022 (www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1177291), que establece los criterios que determinan el carácter de severa sequía, de conformidad en lo dispuesto en el artículo 314 del *Código de Aguas* [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

[17] Artículo 314 inc. 3.º del *Código de Aguas*.

autoridad , procede racionar los usos no prioritarios, esto es, los que excedan el consumo humano, el saneamiento y los usos domésticos de subsistencia, cumpliendo con ello lo dispuesto en el artículo 5.° bis del *Código de Aguas*.

III. Concesión sanitaria, consumo humano, saneamiento y usos domésticos de subsistencia

Dada la priorización establecida por el legislador es ineludible, entonces, responder la siguiente interrogante: ¿cuál es el contenido del consumo humano, el saneamiento y los usos domésticos de subsistencia? Y respondida la anterior: ¿Los DAA en que se amparan las concesiones sanitarias gozan completamente de priorización a la hora de realizar la distribución en las aguas desde la fuente en escenarios de sequías severas?

Como respuesta a la primera pregunta se descarta del problema al uso doméstico de subsistencia, ya que este no es objeto de concesión sanitaria. En efecto, el legislador señala de modo expreso que este tipo de uso se trata del aprovechamiento que una persona o una familia hace del agua que ella misma extrae, con el fin de utilizarla para la bebida, aseo personal, bebida de animales y cultivos de productos hortofrutícolas indispensables para su subsistencia[18]. Tal como indica la norma, es condición de uso la circunstancia de que la persona o familia que subsiste con el agua, la extraiga ella misma. Es evidente que ello no sucede en el caso de las concesiones sanitarias, en que el uso está mediado por la empresa sanitaria, la que realiza la extracción desde la fuente y solo por su intermedio el agua llega hasta los usuarios finales.

En cuanto a los términos "consumo humano y saneamiento" que utilizó el legislador, cabe señalar que consumo humano no es sinónimo de derecho humano al agua y saneamiento (DHAS). En efecto, el consumo humano y saneamiento puede abordar un amplio espectro de actividades que van desde los usos más básicos de una residencia, a usos industriales, agrícolas, deportivos, ornamentales, recreacionales, etc. En cambio, el DHAS tiene un alcance bastante más restringido y acotado[19]. Así se desprende del concepto generalmente aceptado por los autores que señalan que el derecho humano al agua es "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico"[20]. En ese sentido, ha sido también

[18] Artículo 5.° bis inciso 3.° del *Código de Aguas*.

[19] Boettiger (2022).

[20] Observación general n.° 15 de 2002 del CDESC de Naciones Unidas. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

recogido por convenciones internacionales que regulan los usos de aguas internacionales para fines distintos de la navegación. Mención especial merece la Convención sobre Cursos de Agua de 1997 que establece un uso equitativo y razonable del recurso hídrico cuando este es compartido por varios Estados. En ese instrumento se da contenido a este uso equitativo indicando que cuando exista conflicto entre varios usos se debe resolver teniendo especial consideración la satisfacción de las necesidades humanas vitales, entendiendo por estas últimas el acceso para tomar agua y producir alimentos[21].

¿Qué es, entonces, lo que el legislador buscó priorizar? ¿Qué es lo que deben asegurar los acuerdos de redistribución de una Junta de Vigilancia? ¿El consumo humano y saneamiento en general o el DHAS? El legislador de la Ley n.º 21435, que introdujo este orden de priorización en el *Código de Aguas*, lo dejó abierto y no lo definió. Solo se refirió en forma genérica al consumo humano y saneamiento, sin discriminar unos consumos humanos por sobre otros.

1. Efectos de las concesiones sanitarias en la redistribución

La falta de definición del consumo humano y saneamiento lleva a situaciones conflictivas y de difícil solución, en especial cuando se trata del ejercicio de los DAA que abastecen las concesiones sanitarias en cuencas densamente pobladas. No cabe duda que las concesiones sanitarias están destinadas al consumo humano y saneamiento; sin embargo, este excede el DHAS, entendido este como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. En efecto, los usuarios finales de la concesionaria no tienen restricciones de consumo y la decisión final de cuánto volumen gastar es de su entero arbitrio. Ahora bien, para que ello sea posible es necesario que la sanitaria extraiga caudales, a través de sus captaciones en la fuente, de forma estable e ininterrumpida. No es relevante si el consumo es para: los quehaceres domésticos residenciales, riego de jardines, lavado de automóviles, riego de parques públicos o actividades industriales. Lo anterior lleva a la conclusión forzosa que el objeto de la concesión sanitaria es atender un consumo urbano multipropósito, entre los cuales se cuenta el DHAS.

Las circunstancias antes descritas se ven reflejadas en la redistribución de las aguas de la fuente de la siguiente manera:

1.º Los DAA que autorizan la extracción de agua de la sanitaria no se ven afectados por la prorrata general o cualquier restricción que implique un racionamiento a sus usuarios finales.

[21] Hervé (2015).

2.° El resto de los usuarios de la fuente deberán abstenerse de captar todos los caudales que sea necesario de modo tal de garantizar los caudales que la sanitaria requiere en el punto de su captación. Solo así esta puede cumplir con el atributo de presión en las redes y continuidad de su prestación, en los términos que exige su regulación sectorial.
3.° Solo una vez abastecida la captación de la sanitaria, en los términos indicados, la Junta de Vigilancia podrá distribuir el saldo disponible entre el resto de los usuarios de la fuente, los que deberán racionar su consumo.
4.° El abastecimiento de la concesión sanitaria es la piedra angular que condiciona a todo el resto del sistema de la fuente, cuyos usuarios deberán adecuarse a los requerimientos de la concesionaria.

La situación recién descrita lleva a resultados que pueden ser incompatibles con un uso razonable y equitativo del recurso hídrico, en especial en fuentes que deben abastecer grandes ciudades en épocas de sequía severa. Es importante señalar que en esas cuencas no es aplicable la estadística general y agregada que indica que el consumo de las ciudades es marginal y no excede del 10 % de la demanda. Son urbes que alojan a miles de habitantes, si es que no millones como el caso del Gran Santiago, cuyo consumo se mantiene estable sobre un caudal base en la fuente cada vez más pequeño. Ello significa que el consumo humano de las grandes ciudades, en relación con la disponibilidad en la fuente, puede representar porcentajes muy superiores al citado 10 %; porcentajes que solo pueden aumentar conforme disminuyen los caudales. Ello lleva a situaciones paradójicas, como lo que sucede en la zona central de Chile, donde es posible constatar que para garantizar el consumo humano multipropósito de las grandes ciudades se raciona el agua que requiere un pequeño o mediano agricultor para el riego de sus cultivos y producción de alimentos. Solo un ejemplo para graficar lo anterior: De acuerdo con las estadísticas de la DGA, en los últimos años la disponibilidad de caudales en el río Aconcagua ha bajado un 50%, en todas sus secciones[22]. Adicional a lo anterior, los usuarios de la Primera Sección, por medidas de redistribución del recurso, deben dejar pasar a las secciones que se encuentran aguas abajo del orden del 25-30 % del caudal disponible. Ello para aportar agua al conurbano Valparaíso-Viña-Quilpué. En dicho porcentaje se debe considerar las pérdidas que se producen naturalmente por filtraciones a lo largo del lecho del río hasta el embalse Los Aromos, ubicado en la Tercera Sección, y que es administrado por la empresa sanitaria. Se estima que estas pérdidas son del orden

[22] Dirección General de Aguas (2020).

de más de la mitad del aporte que realizan los usuarios de la Primera Sección al resto del sistema por concepto de redistribución. Lo anterior es necesario puesto que, si los usuarios de la Primera Sección aportaran con menores caudales al suministro de agua potable Valparaíso y Viña, este no podría operar de modo normal y continuo, en especial en temporada alta de verano cuando miles de turistas llegan a la zona.

El consumo humano multipropósito, en cuencas que atienden concesiones sanitarias de ciudades de alta densidad poblacional, trae por efecto una distribución desproporcionada de las cargas y costos que implica ajustarse a la nueva condición de escasez. Ello debilita el principio de justicia distributiva que, tal como indica Dominique Hervé:

> "aunque amplio e indeterminado, permite incorporar y balancear las circunstancias relevantes de cada caso a la determinación de la distribución de las cargas y beneficios provenientes del acceso y uso de recursos naturales compartidos"[23].

Siguiendo a la misma autora, tampoco hay una distribución equitativa de los beneficios provenientes del uso y aprovechamiento de un recurso natural, ya sea de carácter comercial u otra índole[24].

El actual estado de cosas también debilita el cumplimiento de un requisito esencial para el uso de los recursos naturales de dominio público: el uso en armonía con el interés público[25] y los derechos de terceros.

En cuanto al interés público, si bien siempre será más notoria la falta de agua en grandes urbes donde la escasez es sinónimo de alarma pública, en las áreas rurales la falta de agua produce otros estragos como la disminución de la producción de alimentos tanto para consumo doméstico como externo. También se afecta el consumo de agua de pequeños agricultores que, en general, no cuentan con infraestructura de respaldo como tranques o pozos de agua subterránea; y lo que es más grave, también se afecta el consumo para necesidades humanas vitales que se realizan al interior de los canales de riego, en que las personas dependen de lo que capte en la fuente la comunidad de agua a la que pertenecen. En efecto, frente a una redistribución de las aguas en la fuente, las asociaciones de canalistas o comunidades de aguas que al interior de sus redes de distribución tengan consumo humano, saneamiento o uso doméstico de subsistencia, deben garantizar los volúmenes necesarios para cubrirlos; pero solo en la medida que dichos usos sean proporcionados por un

[23] Hervé (2015), p. 90.
[24] Hervé (2015).
[25] Vergara (2015).

prestador de servicio sanitario (sea rural o urbano)[26]. Lo anterior significa que, si esos usos no son servidos por un prestador de servicios sanitarios, correrán la misma suerte que los "otros usos"; es decir, el racionamiento.

Por último, también, se fragiliza uno de los principios fundantes del derecho de aguas en virtud del cual el ejercicio de los DAA no puede realizarse en perjuicio de terceros. Si bien no cabe duda que ello permite una excepción cuando se trata de cubrir las necesidades humanas básicas, resulta discutible que los usos que exceden ese mínimo, y que muchas veces resultan ser excesivos, gocen de preferencias en el reparto de las aguas con cargo al derecho de terceros, solo por encontrarse amparados en una concesión sanitaria propias de zonas urbanas.

2. *Desafíos regulatorios para una gestión colectiva, equitativa y razonable*

La concesión sanitaria no es un instrumento que persigue de modo único satisfacer el derecho humano al agua; sino que un consumo urbano multipropósito en condiciones de continuidad conforme lo determine la voluntad del usuario final. La concesión así concebida funcionó y alcanzó sus objetivos, pero en un escenario de abundancia hídrica. Hoy, por los motivos explicados en los párrafos anteriores, ya no es así. La función pública del servicio de agua potable –que es delegada en particulares– no considera las nuevas circunstancias, lo que se traduce en inequidades en el aprovechamiento del recurso entre los usuarios e injusticias en la distribución de las cargas que produce la sequía. Ello sin contar los efectos que producen las concesiones en la función ambiental de los recursos hídricos como soporte del equilibrio ecológico de las cuencas, efecto que excede el alcance de este trabajo. Dicho lo anterior es necesario actualizar el sistema de concesiones sanitarias, de modo tal de hacerlo sustentable en el tiempo.

Como una aproximación a las causas del problema se indica que la decisión final de consumo de agua potable, en cuanto a su volumen y oportunidad, la tiene el usuario final. Si bien el actual sistema considera cargos por sobre consumo, estos no han sido capaces de desincentivar los usos excesivos en las ciudades. Asimismo, el sistema tarifario de cobro fue diseñado sobre la base de que los ingresos de la concesionaria dependan de la cantidad de agua que el usuario final consuma, lo que dificulta alinear de modo adecuado los incentivos tanto del usuario como de la empresa sanitaria con los intereses del resto de los usuarios de la cuenca. Aun cuando la empresa sanitaria podría

[26] Artículo 314 inciso 5.° del *Código de Aguas*.

de modo discrecional aconsejar a sus clientes sobre el uso responsable del recurso, esta no podría interferir en la decisión de estos en orden a cuánto consumir. Por otra parte, también existen factores de orden físico y de infraestructura de características rígidas que hacen necesario que las sanitarias cuenten de modo continuo en su punto de captación en la fuente con los caudales necesarios para abastecer sus concesiones. En efecto, el diseño de las redes de distribución no fue concebido para operar con fluctuaciones acentuadas de caudales. Por último, tampoco resulta razonable que la autoridad determine por sí y ante sí cuánta agua puede consumir cada usuario final, puesto que nunca sabrá con exactitud cuántas personas viven en un hogar o trabajan en una industria o empresa, ni cuáles son sus reales necesidades[27].

Frente a lo anterior, resulta evidente que lo que se hace indispensable es cambiar las conductas de los usuarios finales, provocando un cambio en la demanda. Ello solo podría ser modificado con los incentivos correctos de manera tal que el consumidor final perciba el efecto de la factura del agua en su economía[28]. En ese sentido resulta interesante analizar la posibilidad de transitar desde un sistema de cargos volumétricos lineales a uno de cargos volumétricos en bloques.

El primer sistema consiste en un cargo por unidad consumida; en tanto que el segundo utiliza diferentes bloques crecientes de consumo.

> "En teoría, la estructura de tarifas puede recuperar los costos del servicio para diferentes clases de usuarios mediante un correcto diseño de bloques de consumo. Por ejemplo, el primer bloque puede fijarse para incorporar la mayoría de los consumos residenciales pequeños y medianos, un segundo bloque para cubrir grandes consumos residenciales, un tercer bloque para el consumo comercial y un último bloque para el gran consumo industrial o institucional"[29].

Estos mismos autores señalan como ventaja de este sistema que permite enviar señales de escasez para los niveles de uso de despilfarro y considerados más prescindibles. Sin embargo, este sistema no está exento de críticas puesto que puede producir una discriminación de los sectores más pobres de una ciudad respecto de los más favorecidos que sí pueden pagar altas tarifas.

Cual sea el sistema que se implemente, este debe conseguir un consumo razonable al interior de las grandes urbes y que sea compatible con el objetivo

[27] Según la Organización Mundial de la Salud, el volumen necesario para cubrir el DHAS de cada persona es de cincuenta a cien litros/persona/día. Véase *The Right to Water. Fact Sheet*, No. 35. Disponible en www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet35en.pdf [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

[28] Caridad *et al*. (2001).

[29] Ferro & Lentini (2013), p. 17.

de equidad en el uso del recurso; no solo entre los usuarios urbanos, sino que entre estos y el resto de los usuarios de la cuenca que no están amparados en una concesión sanitaria. Asimismo, las soluciones deben ser combinadas con otras más que hagan posible la construcción y mejora de la infraestructura. Ello con el objetivo de atenuar las ineficiencias propias del sistema y no traspasarlas a los otros usuarios que deben contribuir con sus DAA para el abastecimiento de los centros urbanos, tal como sucede con las pérdidas del recurso que se producen entre la fuente productora de agua cruda y el punto final de suministro del cliente de la concesionaria. También sería deseable, en un eventual nuevo diseño, se consideren como aporte a la oferta general del recurso las aguas servidas tratadas (AST), tanto las que se restituyen en las fuentes naturales como las que son abandonadas en el mar a través de emisarios submarinos. Ello siempre que no se afecte derechos de terceros ni el sustento ecológico de la cuenca. En ese caso las AST pueden constituir importantes fuentes alternativas para el sistema en general y, en particular, cubrir usos de menor exigencia sanitaria, tales como los riegos de parques, riegos agrícolas y usos industriales de la cuenca. Finalmente, la actualización que requiere el sistema sanitario no puede llevarse a cabo en forma sectorial prescindiendo de la dinámica del sistema hídrico del que forma parte. Para ello es imperioso, también, que se analice aquellos aspectos que requerirían ser modificados en la institucionalidad a nivel de cuenca. En ese sentido existe amplio consenso social en orden a que la gestión de las intervenciones en los sistemas hídricos debe ser integradas para lograr así el anhelado objetivo de equidad y sustentabilidad en el uso del recurso. En ese sentido, la gestión colectiva de las aguas también debiese ser revisada.

Bibliografía

Boettiger, Camila (2022): "Derecho humano al agua. Los desafíos para su integración en la institucionalidad", *Actualidad Jurídica*, n.° 46: pp. 203-224.

Espíldora Couso, Basilio (2022): *Elementos de hidrología superficial y subterránea para profesionales del derecho, del medio ambiente y de la gestión del agua* (Editorial Galicia SpA).

Fernández Larrañaga, Bonifacio (1997): "Identificación y caracterización de sequías hidrológicas en Chile central", *Ingeniería del Agua*, vol. 4, n.° 4. Disponible en http://iwaponline.com/IA/article-pdf/4/4/37/576481/ia1997 2734.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Ferro, Gustavo & Lentini, Emilio (2013): *Políticas tarifarias para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM): situación actual y tendencias regionales recientes* (Santiago: Naciones Unidas).

Hervé, Dominique (2015): *Justicia ambiental y recursos naturales* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).

Caridad y Ocerin, José Mª.; Millán Vázquez de la Torre, Genoveva & Palomares, Rafaela Dios (2001): *Predicción del consumo de agua en Córdoba*. Disponible en http://iwaponline.com/IA/article-pdf/8/3/305/576694/ ia20012869.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Peralta Anabalón, David (2019): *Régimen jurídico de los servicios de agua potable, de la recolección y del tratamiento de las aguas servidas urbanas en Chile* (Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago).

Vergara Blanco, Alejandro (2015): "El acceso al agua potable y al saneamiento ante el derecho chileno", en Malgarejo, Joaquin; Molina, Andrés; Ortega, Alfonso & Benito, Miguel (coords.). *Agua y derecho. Retos para el siglo xxi: Reflexiones y estudios a partir del Water Law, Congreso Internacional de Derecho de Agua* (Universidad de Alicante).

Otros documentos

Dirección General de Aguas (2020): *Modelación operacional del río Aconcagua* . Disponible en https://snia.mop.gob.cl/sad/REH5893.pdf [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

TRANSICIÓN ENERGÉTICA Y REGULACIÓN ELÉCTRICA: ALGUNAS IDEAS SOBRE FLEXIBILIDAD Y DESCENTRALIZACIÓN

ENERGY TRANSITION AND ELECTRICITY REGULATION: SOME IDEAS ABOUT FLEXIBILITY AND DECENTRALIZATION

Daniel E. Gutiérrez Rivera[*]

Resumen: con ocasión de la transición energética y de la vertiginosa penetración de energías renovables en nuestra matriz eléctrica, en este trabajo, examinaremos la configuración legal del sistema y mercado eléctrico nacional, asimismo, analizaremos el fenómeno de la flexibilidad eléctrica, sus oportunidades y desafíos, a través de algunas preguntas claves sobre la misma. De igual modo, observaremos la descentralización energética, desde la perspectiva de la generación distribuida residencial y potencial reforma al segmento distribución, para culminar con nuestras reflexiones finales.

Palabras claves: transición energética, regulación eléctrica, flexibilidad, descentralización.

Abstract: On the occasion of the energy transition and the vertiginous penetration of renewable energies in our electrical matrix, this paper will firstly examine the legal configuration of the national electrical system and market, and then analyze the phenomenon of electrical flexibility, its opportunities and challenges, through some key questions about it. In the same way, we will

[*] Abogado, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Máster en Derecho en Negocios Internacionales, Anglia Ruskin University, UK. Profesor de pregrado de Derecho Administrativo y posgrado de Derecho de Energía en la Facultad de Derecho en la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: d.gutierrez@udd.cl

observe energy decentralization, from the perspective of residential distributed generation and potential reform to the distribution system, to culminate, with our final reflections.

Keywords: Energy transition, electricity regulation, flexibility, decentralization.

Introducción

Los ordenamientos legales, en general, y las regulaciones sectoriales, en particular, deben estar atentas ante las grandes tendencias y procesos de cambios en el ámbito global. Lo anterior, debido a que las transformaciones sociales, culturales y tecnológicas, generalmente, son previas a las modificaciones legales. En virtud de ello, la misión del legislador es recoger, incorporar y adecuar estos elementos en su regulación interna. En ese sentido, las tendencias y procesos de cambio en la esfera mundial tienen relación con continuar con la transición energética hacia las energías limpias, esto es, el transitar desde las energías contaminantes hacia las energías renovables variables con la finalidad de descarbonizar la matriz energética, como también la economía[1]. De acuerdo con lo dicho, y con independencia de las causas que motivan el desarrollo de las energías renovables en los respectivos sistemas eléctricos, se aprecia que estos transitan hacia una matriz de generación cada vez más renovable como, también, distribuida y descentralizada, es decir, más cercana a la demanda energética.

En el caso de Chile, las energías renovables variables han tenido –y seguirán teniendo– una vertiginosa penetración en nuestra matriz eléctrica. Asimismo, dada la naturaleza de las mismas y de los grados de incertidumbre o variabilidad de su fuente de energía primaria, su inserción en los sistemas eléctricos conlleva algunos desafíos. Por ese motivo, y en respuesta a este fenómeno, surge la noción de la flexibilidad.

Igualmente, y en general, los cambios sociales y demandas ciudadanas, en ocasiones, han tenido su correlato en sus distintas industrias económicas. En Chile, y en particular en el sector eléctrico, lo anterior se traduce en posibilitar una mayor y más efectiva participación del usuario final en los mercados, no solo en su papel de consumidor, sino que, también, como productor, almacenador y prestador de servicios energéticos, entre otros. Para esto último, y desde la perspectiva de la descentralización energética, se hace necesario contar con redes eléctricas modernas, automatizadas, digitalizadas, que permitan la ge-

[1] Agencia Internacional de las Energías Renovables (2018).

neración, uso y almacenamiento de energía, como también respondan a los requerimientos de los usuarios o clientes, procurando el resguardo de la información, la innovación tecnológica, la eficiencia económica y competencia del mercado eléctrico nacional.

En ese sentido, y con ocasión de la transición energética, primeramente, examinaremos, de forma breve, la configuración legal del sistema y mercado eléctrico nacional, para luego analizar el fenómeno de la flexibilidad, sus oportunidades y desafíos, a través de algunas preguntas claves sobre la misma. De igual modo, analizaremos la descentralización energética, desde la perspectiva de la generación distribuida residencial y potencial reforma al segmento de distribución. Por último, culminaremos con nuestros comentarios de cierre.

I. Configuración legal del sistema y mercado eléctrico nacional

La actual Constitución establece como derechos fundamentales en materia económica, entre otros, la libre iniciativa para desarrollar cualquier actividad empresarial por parte de particulares, estableciéndose como límites la moral, el orden público y la seguridad nacional, como también el respeto a la normativa legal que regule dichas actividades. Asimismo, se dispone que el Estado y sus organismos solo podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas si una ley de quórum calificado los autoriza, en cuyo caso dichas actividades se realizarán bajo la normativa común aplicable a los particulares. De esa manera, la Constitución confiere a los privados la preeminencia para el desarrollo de la actividad económica nacional, reservándose al Estado, principalmente, las funciones de planificación, regulación y fiscalización de dichas actividades económicas.

En dicho marco normativo, la Ley General de Servicios Eléctricos de 1982 (en adelante LGSE), en su composición de origen se nutre de las garantías y principios constitucionales diseñados en el entorno de una política económica determinada correspondiente a la época de su concepción. En ese sentido, la LGSE establece las bases de un nuevo diseño regulatorio eléctrico que introduce la competencia en los mercados mayoristas de generación, como también en la regulación de los segmentos monopólicos de transmisión y distribución de energía eléctrica, en el marco de una operación económica del sistema eléctrico sobre la base de costos auditados y de acceso a las redes. Al efecto, los segmentos de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica tienen un tratamiento regulatorio diferenciado. En lo que respecta al segmento de generación se instauró un sistema competitivo basado en la

tarificación a costo marginal, donde los consumidores pagan un precio por energía y un precio por capacidad –potencia– asociado a las horas de mayor demanda.

Por su parte, los segmentos de distribución y parte de la transmisión de energía eléctrica son regulados y tienen obligatoriedad de servicio y precios fijados conforme costos eficientes. Estas actividades son desarrolladas en casi en su totalidad por capitales privados, y el Estado solamente ejerce las ya referidas funciones de regulación, fiscalización y planificación. Las reformas legales posteriores e, incluso, las más recientes han profundizado el modelo regulatorio instaurado en el año 1982, relativas, entre otras materias, al perfeccionando la competencia en el mercado eléctrico, a la resolución de conflictos en materia energética, a la independencia del Coordinador Eléctrico Nacional, como también en términos de seguridad de suministro, de sustentabilidad y diversificación de la matriz energética.

En ese sentido, en el sistema eléctrico chileno interactúan tres mercados a los que concurren generadores, distribuidores y usuarios para intercambiar energía y potencia. Uno es el mercado mayorista, también denominado spot, instantáneo o de corto plazo, donde los generadores, los sistemas de almacenamiento u otras instalaciones que inyecten energía[2] transfieren energía y potencia. El otro es el mercado regulado, donde las distribuidoras compran por medio de contratos de mediano y largo plazo al precio de nudo fijado por el regulador, la Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE). Finalmente, el mercado libre, donde los grandes usuarios pueden celebrar contratos con generadores o distribuidores en condiciones no reguladas de precios.

El mercado de corto plazo de electricidad en Chile está conformado por las empresas generadoras que transan energía y potencia entre sí, las que dependen de los contratos de suministro que cada una haya suscrito. Las transferencias físicas y monetarias (ventas y compras) son determinadas por el respectivo coordinador, y se valorizan, en el caso de la energía, al costo marginal resultante de la operación del sistema. En el caso de la potencia, las transferencias son valorizadas al precio de nudo correspondiente fijado por la CNE.

El artículo 149 de la LGSE estable el diseño básico del mercado y nos habla de transferencias de energía y potencia entre empresas de generación, sistemas de almacenamiento u otras instalaciones que inyecten energía[3], de

[2] Los sistemas de almacenamiento u otras instalaciones que inyecten energía se incorporaron recientemente a través de la Ley n.° 21505, que promueve el almacenamiento de energía eléctrica y la electromovilidad, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 21 de noviembre de 2022.

[3] Ley n.° 21505, que promueve el almacenamiento de energía eléctrica y la electromovilidad, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 21 de noviembre de 2022.

la valorización de las mismas y del derecho a las ventas en este escenario que se denomina comúnmente como mercado spot. Las transferencias de energía se dan entre agentes del mercado y no entre plantas productoras de energía eléctrica. Al efecto, la energía que se vende a los usuarios, por parte de un agente del mercado, no es la energía producida con sus propias plantas, por cuanto lo que se vende al consumidor final es la energía del sistema.

II. Flexibilidad en el sistema y mercado eléctrico chileno

1. ¿Qué entendemos por flexibilidad?

La Ley General de Servicios Eléctricos no define lo que se entiende por flexibilidad. Si bien en la literatura comparada existen varias definiciones sobre flexibilidad, nos quedamos con la siguiente:

> "Habilidad o característica de un sistema eléctrico para adaptarse a las condiciones de variabilidad e incertidumbre en generación y demanda, de forma confiable y costo eficiente, en todas las escalas de tiempo"[4].

En ese sentido, la flexibilidad no es un producto o servicio particular, sino, más bien, una aptitud del sistema eléctrico, que podría dar lugar a diversos servicios o mercados específicos, dependiendo de los requerimientos sistémicos.

2. ¿Quién puede proporcionar flexibilidad en el sistema?

Históricamente los recursos que aportan flexibilidad al sistema eléctrico han sido proporcionados por las centrales de generación. En ese sentido, un elemento que resalta en la definición transcrita es que la incertidumbre en un sistema eléctrico puede provenir, también, desde la generación (variable), producto de su alta penetración en la matriz eléctrica. Esto se explica, ya que, tradicionalmente, las principales fuentes de variaciones e incertidumbre provenían de la demanda y la falla de equipos. Es decir, los recursos que aportan flexibilidad pueden proporcionarse no solo desde la generación, sino, además, desde la demanda. Esto último abriría interesantes oportunidades en nuestro sistema y mercado eléctrico, relativas a la respuesta y gestión de la demanda,

[4] Ministerio de Energía de Chile (2019).

servicios complementarios (en adelante SSCC) almacenamiento de energía, eficiencia energética, electromovilidad, generación distribuida, entre otras.

3. *¿Qué lugar tiene el Coordinador Eléctrico Nacional en la implementación de la flexibilidad?*

El Coordinador Eléctrico Nacional (en adelante el Coordinador) es un organismo técnico e independiente, cuya función principal es la coordinación de la operación de las instalaciones del sistema eléctrico nacional que operen interconectadas entre sí. Dentro de sus funciones vitales, se encuentran: preservar la seguridad del servicio en el sistema eléctrico, garantizar la operación más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico y garantizar el acceso abierto a todos los sistemas de transmisión[5]. En ese sentido tendrá un importante papel consistente en articular la implementación de la flexibilidad en el sistema eléctrico nacional, de modo tal, de preservar y garantizar su desempeño seguro y eficiente.

4. *¿Cuál es el papel del Coordinador de la innovación tecnológica como habitante de la flexibilidad?*

Desde la perspectiva del sistema eléctrico, se hace necesario contar con redes modernas, automatizadas, digitalizadas, descentralizadas, adaptadas a los nuevos requerimientos sistémicos como, también, a los agentes que se conecten a ella. En esa línea, las nuevas tecnologías, inteligencia en redes e innovación en los sistemas eléctricos, cumplirán un papel vital para facilitar la penetración de las energías renovables y aportar flexibilidad al sistema eléctrico. En ese sentido, estimamos que uno de los grandes méritos de la Ley n.° 20936 del año 2016[6] es que reconoce, posibilita e incorpora nuevas tecnologías en el sistema eléctrico en distintos pasajes de la normativa eléctrica nacional. En esa línea, en la LGSE encontramos espacios regulatorios que posibilitan la flexibilidad a través de la innovación tecnológica. A continuación, analizaremos, el papel del Coordinador en la innovación tecnológica.

5. *El papel del Coordinador en la innovación tecnológica*

El artículo 72-1 inciso final, faculta al Coordinador a operar de forma directa las instalaciones eléctricas que tengan relación con sistémicas de control, co-

[5] LGSE artículo 72-1.

[6] La Ley n.° 20936 establece un nuevo sistema de transmisión eléctrica y crea un organismo coordinador independiente del sistema eléctrico nacional, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 20 de julio de 2016.

municación y monitoreo y que sean necesarias para la coordinación del sistema eléctrico. En esa línea es perfectamente posible que el Coordinador, de *motu proprio*, incluya en el sistema eléctrico servicios complementarios (sistemas de control, frecuencia y plan de recuperación de servicio) y sistemas automáticos de generación o sistemas de almacenamiento de energía (baterías) y automatismos, etcétera.

El artículo 72-2 inciso 3.°, relativo a la obligación de sujetarse a la coordinación del Coordinador por parte de los coordinados, establece que el reglamento –de Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico Nacional– el Coordinador podrá determinar exigencias distintas para los coordinados de acuerdo con su capacidad, tecnología, disponibilidad o impacto sistémico, entre otros criterios técnicos. En esa línea, el Coordinador puede incorporar innovación tecnología, como un criterio técnico más.

El artículo 72-7 inciso 2.°, relativo a los SSCC, dispone que la comisión definirá, previo informe del Coordinador, los SSCC y sus categorías, considerando las necesidades de seguridad y calidad de los sistemas eléctricos y las características tecnológicas de dichas servicios. Es decir, el Coordinador está facultado para ponderar ciertas características tecnológicas en dichos servicios, pudiendo introducir innovación tecnológica en los mismos, que sean beneficios para las instalaciones del sistema eléctrico que coordina.

Por su parte, el artículo 72-13 es una de las normas legales más inspiradoras relativa a la innovación tecnológica, consistente en la nueva función del Coordinador en el ámbito de investigación, desarrollo e innovación en materia energética. En ese sentido, se estable lo siguiente.

a) Efectuar un análisis crítico permanente de su quehacer, del desempeño del sistema y del mercado eléctrico. Es una norma genérica, de gran amplitud, que posibilita la incorporación de la innovación tecnológica en las diversas funciones, del Coordinador, entre otros, en la coordinación del mercado eléctrico, en el monitoreo de la competencia, monitoreo en la cadena de pagos, en los intercambios internacionales de energía, en el desempeño del sistema eléctrico y de los niveles de seguridad de servicio[7].
b) Analizar y considerar la incorporación de nuevas tecnologías al sistema eléctrico, considerando la evolución de los equipos y técnicas que se puedan integrar al desarrollo del sistema y sus procesos. La norma se refiere al sistema eléctrico, es decir, al conjunto de instalaciones de centrales eléctricas generadoras, líneas de transporte, subestaciones eléctricas y líneas de distribución, interconectadas entre sí, que per-

[7] Articulos 72-3, 72-10, 72-11, 72-12, 72-15 de la LGSE.

mite generar, transportar y distribuir energía eléctrica (artículo 225 letra a). En esa línea, la disposición legal es aplicable a la totalidad del sistema eléctrico nacional, lo que implica que junto con los mencionados espacios regulatorios indicados precedentemente, esta norma habilita al Coordinador a incorporar innovación tecnológica en sus funciones, procesos y procedimientos internos, Con respecto a la actual normativa eléctrica como, también, a las futuras regulaciones relativas a los proyectos de ley sobre transmisión, distribución y estrategia sobre flexibilidad en el sistema eléctrico nacional[8].

c) Promover la interacción e intercambio permanente de experiencias y conocimientos, con centros académicos y de investigación, así como con otros coordinadores u operadores del sistema eléctrico. Disposición que habilita para conocer la evolución y mejores prácticas internacionales sobre sistemas eléctricos, desde el punto de vista operacional, comercial y regulatorio.
d) Participación en instancias y actividades de intercambio de experiencias y promoción de nuevas técnicas, tecnologías y desarrollos de sistemas eléctricos. Norma que permite la participación, intercambio de experiencia y la incorporación de nuevas tecnologías.
e) Promover la investigación en el ámbito nacional, procurando la incorporación de un amplio espectro de agentes relacionados con este ámbito de investigación. En ese sentido, y desde la perspectiva de la regulación, se abre la oportunidad para el estudio y elaboración de informes legales en relación con la regulación eléctrica nacional, legislación comparada, tendencias de cambios globales y modificaciones regulatorias futuras, produciendo investigación del Coordinador, a través de insumos propios o de terceros, y demás[9].

En fin, existen diversos espacios regulatorios que habitan al Coordinador el incorporar innovación tecnológica y facilitar el proceso de flexibilización del sistema eléctrico nacional.

6. ¿De qué forma se podría implementar la flexibilidad en nuestro sistema eléctrico?

Podemos señalar que existen diversos espacios para dotar de flexibilidad a un sistema eléctrico, por medio de las plantas productoras de energía, del almace-

[8] Otros espacios regulatorios pueden darse en la propuesta de expansión para los distintos segmentos de la transmisión. Artículos 91 inciso 1.° y 89 inciso 4 de la LGSE). Igualmente, en los procesos licitatorios que lleva el Coordinador (Artículo 95 de la LGSE).

[9] En esa línea, a futuro podría crearse un departamento de estudios de asuntos legales/regulatorios por parte del Coordinador.

namiento de energía, de los servicios complementarios, de las redes en transmisión e interconexiones eléctricas –nacionales e internacionales–, y a través de los recursos energéticos distribuidos[10].

A continuación, y desde la perspectiva de la regulación eléctrica nacional, analizaremos brevemente la flexibilidad en generación, almacenamiento y SSCC, y demanda.

7. Flexibilidad en generación

En el segmento de generación de energía eléctrica en Chile, se ha instaurado un sistema competitivo basado en la tarificación a costo marginal, donde los consumidores pagan un precio por energía y un precio por capacidad (potencia) asociado a las horas de mayor demanda. Estas actividades son desarrolladas en casi en su totalidad por capitales privados, y el Estado solo ejerce funciones de regulación, fiscalización y planificación.

Ahora bien, desde la generación eléctrica, la implementación de la flexibilidad conlleva desafíos operacionales para el Coordinador. Uno de ellos es la planificación y operación del sistema eléctrico nacional, que, con una alta penetración de energía variable en nuestra matriz eléctrica, produce cierta variabilidad e incertidumbre sistémica. Igualmente, estos desafíos operacionales tienen implicancias en la coordinación del mercado eléctrico. De acuerdo con el actual diseño regulatorio, el Coordinador es el encargado de la organización del mercado eléctrico y de la determinación de las transferencias resultantes de los balances económicos entre empresas sujetas a su coordinación, según lo contempla el artículo 72-3 de la LGSE.

En ese sentido, los precios y transferencias asociados al balance de energía en el mercado de energía –spot o instantáneo– se determinan de forma posterior a la operación, con diferencias, en algunas ocasiones, que pueden ser significativas entre la programación de la operación y el resultado de la operación real, producto de la incertidumbre y variabilidad de las energías eólicas y solar. Esto últimoafectaría la función del Coordinador, de garantizar la operación segura y más económica para el conjunto de las instalaciones del sistema eléctrico, según se establece en el artículo 72-1.°, de la LGSE.

En esa línea, se hace necesario fortalecer la práctica operacional del Coordinador, perfeccionando la metodología para la programación de la operación en tiempo real –*e.g* del día anterior, intradiarios o programación para días festivos– como, asimismo, mejorar los diagnósticos de generación y demanda. En ese orden de ideas, sería conveniente fortalecer la práctica operacio-

[10] Agencia Internacional de las Energías Renovables (2018).

nal del Coordinador, perfeccionando la metodología para la programación de la operación en tiempo real y mejorando los diagnósticos de generación y demanda.

En este último punto, cabe resaltar que el Reglamento de Coordinación y Operación del Sistema Eléctrico, determina en su artículo 72 –con ocasión del pronóstico centralizado de la generación– que el Coordinador podrá disponer y operar de manera directa equipamiento que permita monitorear las variables relevantes que incidan en la elaboración del pronóstico centralizado de generación renovable con recursos primarios variables, tales como: temperatura, caudales, nivel de irradiación, velocidad del viento, entre otras, en conformidad con la respectiva norma técnica. Del mismo modo, en su artículo 81 establece –a propósito de la proyección centralizada de demanda de clientes libres y regulados– que el Coordinador podrá disponer y operar directamente, a su costo y responsabilidad, equipamiento que permita monitorear las variables relevantes que incidan en la elaboración de la proyección de demanda, de acuerdo con lo establecido en la norma técnica.

8. Flexibilidad en los sistemas de almacenamiento de energía y SSCC

Cabe destacar que tanto los sistemas de almacenamiento de energía como los SSCC, son y serán, determinantes, para aportar flexibilidad al sistema eléctrico, cada uno en su esfera, como lo analizaremos a continuación. Los sistemas de almacenamiento de energía fueron incorporados por la nueva normativa eléctrica y consisten en equipamientos tecnológicos capaces de retirar energía desde el sistema eléctrico, transformarla en otro tipo de energía y almacenarla para inyectarla nuevamente al sistema eléctrico. También, se incorpora a los sistemas de almacenamiento de energía como un nuevo coordinado del sistema eléctrico, estando obligados a sujetarse a la coordinación del sistema que efectúe el Coordinador de acuerdo con la normativa vigente. Asimismo, y en virtud de la reciente modificación legal sobre la materia, se habilitan a los sistemas de almacenamiento puros (no asociados a centrales) para recibir ingresos por energía y potencia, en el mercado de generación del Sistema Eléctrico Nacional[11].

Igualmente, se reconoce, de forma implícita, que los sistemas de almacenamiento de energía no forman parte de ninguno de los segmentos tradicionales existentes de la industria eléctrica –generación, transmisión, distribución– pudiendo confluir y participar en cualquiera de dichos segmentos. En

[11] Ley n.° 21505, que promueve el almacenamiento de energía eléctrica y la electromovilidad, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 21 de noviembre de 2022.

ese sentido, es un gran avance que en actual diseño regulatorio eléctrico se reconozcan los sistemas de almacenamiento de energía en el ámbito legal.

Por su parte, los SSCC se contemplan en el artículo 72.°-7 del DFL n.° 4, definiéndose en el artículo 225, letra z), como prestaciones que permiten efectuar la coordinación de la operación del sistema de acuerdo con los principios de seguridad y mínimo costo. La norma añade que son SSCC al menos el control de frecuencia, el control de tensión y el plan de recuperación de servicio, tanto en condiciones normales como ante contingencias.

La disposición legal agrega que estos servicios se prestarán por medio de los recursos técnicos requeridos en la operación del sistema eléctrico, tales como: la capacidad de generación de potencia activa, capacidad de inyección o absorción de potencia reactiva y potencia conectada de los usuarios, y por la infraestructura asociada a la prestación del recurso técnico. De lo anterior, se desprende que los SSCC pueden prestarse no solo en generación, sino que, también, en distribución y demanda.

Se indica en el artículo 72°-7 la obligación de los coordinados de poner a disposición del Coordinador los recursos e infraestructura que dispongan para la prestación de estos servicios. El Coordinador debe elaborar un informe de servicios complementarios, indicando los requeridos por el sistema y los recursos técnicos e infraestructura necesarios para la prestación de ellos. Igualmente, se deben indicar los mecanismos para la implementación de los servicios.

Un aspecto interesante de analizar desde la perspectiva regulatoria son los sistemas de almacenamiento de energía y su relación con los SSCC. Si bien el almacenamiento de energía y los SSCC están muy relacionados, no siempre son lo mismo. En esa línea, puede haber un SSCC que es almacenamiento de energía, como sería el caso de las baterías de almacenamiento de energía, y también puede existir almacenamiento de energía sin que sea SSCC, como sería el caso del arbitraje de energía. Además, el almacenamiento de energía se puede incorporar en el proceso de planificación centralizado en el segmento de transmisión, y ese mismo activo, podría, eventualmente, participar del mercado de SSCC en generación, debiendo remunerarse por ambas prestaciones –en generación y transmisión– sin que exista un doble pago.

9. *Flexibilidad en la demanda*

Tal como señalamos al comienzo, los recursos que aportan flexibilidad pueden proporcionarse no solo desde la generación, sino, además, desde la demanda de energía. A nuestro juicio, esto último abriría interesantes oportunidades en el mercado de recursos energéticos distribuidos, ante una potencial reforma al segmento de distribución, en aspectos relativos a los servicios complementarios,

sistemas de almacenamiento de energía, gestión y respuesta de la demanda, electromovilidad, eficiencia energética, generación distribuida, entre otras[12].

Ahora bien, y desde la perspectiva de la regulación eléctrica nacional, cabría preguntarse. ¿De qué forma podríamos habilitar a la demanda para que pueda proporcionar flexibilidad al sistema eléctrico? Una primera aproximación sería recoger las recomendaciones de la International Energy Agency (IEA) a este respecto, que van en la dirección de perfeccionar y profundizar los mercados eléctricos[13]. En dicho sentido, la reciente modificación al artículo 149 de la LGSE, que estable el diseño básico del mercado mayorista en Chile, incorpora a los sistemas de almacenamiento u otras instalaciones con capacidad de inyectar energía al sistema eléctrico, ampliando y habilitando la participación de nuevos agentes en dicho mercado, no solo circunscribiéndolo a las centrales generadoras, va en la dirección adecuada.

Por su parte, y en complemento de lo anterior, se espera que en una futura reforma al segmento de distribución se establezca una clara diferenciación entre distintos agentes, creándose un nuevo mercado de recursos energéticos distribuidos que permitiría aportar flexibilidad al sistema eléctrico, a través de la respuesta y gestión de la demanda, generación distribuida, sistemas de almacenamiento de energía, servicios complementarios, electromovilidad, eficiencia energética.

En ese sentido, se requiere que en la futura reforma al segmento de distribución se distingan servicios y papeles bien definidos. En esa línea, se deberían distinguir los siguientes servicios: de transporte e infraestructura (servicio público), de la operación de la infraestructura y coordinación de la misma, de la gestión de la información, dejándose el resto de los recursos energéticos distribuidos al mercado y a la participación de los agentes. Asimismo, se requería monitorear el mercado de los recursos energéticos distribuidos por medio de agencias independientes, que garanticen la libre competencia y el flujo de información. De igual forma, y junto con lo anterior, creemos que es vital que el diseño regulatorio entregue señales de precio adecuadas para compatibilizar los requerimientos del sistema eléctrico con los intereses de los agentes que puedan proporcionar flexibilidad.

Tal como lo señalaremos más adelante, estimamos que una futura incitativa legal relativa a reforma al segmento de distribución eléctrico nacional, tendría que ir en la dirección planteada, traduciéndose en una habilitación legal para poder aportar flexibilidad al sistema eléctrico, desde la perspectiva de la demanda[14].

[12] Ministerio de Energía de Chile (2019).

[13] Véase www.iea.org/topics/system-integration-of-renewables [fecha de consulta: 28 de noviembre de 2022].

[14] Este punto lo abordamos con mayor detención en el numeral iv de este trabajo. Potencial reforma al segmento de distribución.

III. Generación distribuida residencial y potencial reforma al segmento distribución

1. Composición elemental de la tarificación en el segmento de distribución

La LGSE fija la configuración tarifaria en el segmento de distribución en el título V, en particular en el artículo 181 y siguientes, disponiéndose que las tarifas en el ámbito de la distribución consideran los precios de nudo determinados en el punto de conexión con las instalaciones de distribución, los cargos sistémicos relativos al sistema de transmisión y de servicio público como, también, el valor agregado por concepto de costos de distribución, de tal modo que el precio resultante de suministro corresponda al costo de la utilización por parte del usuario de los recursos en el ámbito producción, transporte y distribución empleados. Para ello, se establece un procedimiento reglado, que tiene por objetivo determinar las fórmulas tarifarias aplicables a los suministros sujetos a precios regulados efectuados por las empresas concesionarias de servicio público de distribución, a través de la dictación de un decreto tarifario –cuya vigencia es de cuatro años– por parte del Ministerio de Energía.

La regulación económica del valor agregado por concepto de costos de distribución se basa en la noción de empresa modelo, considerándose los siguientes elementos;

i) costos fijos por concepto de gastos de administración, facturación y atención al usuario, con independencia de su consumo,
ii) pérdidas medias de distribución en potencia y energía y
iii) costos estándares de inversión, mantención y operación asociados a la distribución, por unidad de potencia suministrada.

Los costos anuales de inversión se calcularán considerando el valor nuevo de reemplazo de instalaciones adaptadas a la demanda, su vida útil y una tasa de actualización. Las componentes indicadas se calcularán para un determinado número de áreas típicas de distribución, que serán fijadas por la Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE).

En resumen, podemos señalar que el valor agregado de distribución (VAD) se determina cada cuatro años a través de un proceso reglado de tarificación contenido en la LGSE, fijándose las respectivas tarifas a través de un decreto del Ministerio de Energía, previo informe técnico de la CNE. En este último sentido, cualquier modificación a un decreto de fijación tarifaria debe realizarse según el procedimiento legal reglado contenido en el artículo 181 y siguientes de la LGSE, y no por vía administrativa[15]. Igualmente, si bien la normati-

[15] Corte Suprema (2020), rol n.° 50.520-2020 sobre reclamo de ilegalidad deducido por CRELL en contra de la SEC, con respecto al cobro e implementación de los SMMC. Creemos

va eléctrica faculta a la CNE a dictar las normas técnicas que sean necesarias para el correcto funcionamiento del sistema eléctrico, estas no pueden contravenir la normativa legal, según lo establece el artículo 72-19 de la LGSE, incorporado en la Ley n.º 20936. En ese sentido, todo decreto que se dicte fijando fórmulas tarifarias debe circunscribirse al diseño legal contemplado en la LGSE. Lo mismo aplica a la normativa técnica que se dicte al efecto.

En ese orden de ideas podemos afirmar que la configuración original de la LGSE no contemplaba la posibilidad de que los usuarios finales (regulados) pudiesen generar energía eléctrica para su autoconsumo e inyectar los excedentes al sistema eléctrico. Esta última posibilidad fue incorporada en la LGSE el año 2012, en virtud de la Ley n.º 20571 y sus posteriores modificaciones. No obstante, el reconocimiento legal anterior y la actual normativa eléctrica no contempla un reconocimiento tarifario para las empresas distribuidoras en el evento de que usuarios finales inyecten energía eléctrica a las redes de distribución lo que conlleva un nulo incentivo económico para estas últimas en el caso que terceros inyecten energía eléctrica en sus redes.

Las modificaciones legales y reglamentarias introducidas desde el año 2012 en adelante responden al esquema normativo denominado cuenta neta o *Net Billing*, por medio del cual se reconoce el derecho a inyectar al sistema eléctrico la energía que produjesen los usuarios finales (regulados), y, por cierto, ser compensados por aquello. Igualmente, cabe mencionar que existe otro esquema denominado balance neto o *Net Metering*.

2. ¿*Qué es el* Net Billing/Metering?

Previo al análisis normativo respectivo, en términos generales podemos indicar que *Net Billing* (cuenta neta) y *Net Metering* (balance neto) son esquemas de utilidad general para el uso y pago de la energía, que posibilitan que una persona o empresa (cliente) pueda generar su propia energía eléctrica para su autoconsumo e inyectar los excedentes a la red, recibiendo la correspondiente remuneración asociada. En ese sentido, la diferencia que existe entre ambos, se basa en el valor monetario de la energía inyectada y la consumida. En el primero, la energía inyectada tiene el mismo valor que la energía consumida, mientras que, en el otro, se valora la energía inyectada y consumida por separado, teniendo un precio distinto cada una de ellas.

que el fallo de la Corte Suprema es una clara manifestación del principio de legalidad, en el sentido de que constituye un límite en el actuar de los órganos del Estado, en particular, al establecerse la improcedencia de CNE para modificar una norma de rango legal por la vía administrativa, como, asimismo, al declararse la ilegalidad de la SEC por actuar fuera de su marco legal. Véase https://estadodiario.com/al-aire/regulacion-electrica-fallo-de-la-corte-suprema-sobre-cobro-de-medidores-inteligentes/ [fecha de consulta: 28 de noviembre del año 2022].

Estos mecanismos de uso y pago de energía junto con disminuir el costo de energía y generar un ingreso por la inyección de energía producida al cliente, favorecen la entrada al sistema eléctrico de las energías limpias (solar/fotovoltaica), y la diversificación de la matriz energética. Tal como señalamos, la normativa eléctrica nacional consagra el esquema *Net Billing* o generación distribuida residencial, cuyo marco normativo se desarrolla a continuación.

3. Marco Normativo de la generación distribuida residencial

Con fecha 20 de marzo de 2012, fue publicada en el *Diario Oficial* la Ley n.º 20571, que introdujo diversas modificaciones a la LGSE, con el propósito de regular el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales. El artículo transitorio de la misma, determina que la ley entrará en vigencia una vez publicado el reglamento a que se refiere el artículo 149 bis. Se incorporan a la LGSE los artículos 149 bis, 149 ter, 149 quáter y 149 quinquies. Luego de aquello, con fecha 6 de septiembre de 2014 fue publicado en el *Diario Oficial* el decreto supremo número 71, que aprueba reglamento de la Ley n.º 20571, que regula el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales. Posteriormente, con fecha 17 de noviembre de 2018, fue publicada en el *Diario Oficial* la Ley n.° 21118, normativa que tiene por objetivo incentivar el desarrollo de las generadoras residenciales. Se modifica el artículo 149 bis, se reemplaza el 149 ter y se incorporan tres artículos transitorios. Luego, con fecha 24 de septiembre de 2020, fue publicado en el *Diario Oficial* el decreto supremo número 57, que aprueba reglamento de generación distribuida para autoconsumo de la Ley n.º 21118. Finalmente, la Ley n.º 21505, que promueve el almacenamiento de energía eléctrica y la electromovilidad, publicada en el *Diario Oficial* el 21 de noviembre de 2022, introduce cambios al incorporar a los sistemas de almacenamiento, incluyendo aquellos que forman parte de un vehículo eléctrico.

4. Derechos y obligaciones que establece la normativa de la generación distribuida residencial[16]

Derechos para los usuarios o clientes finales:

i) derecho a inyectar energía que genere a la red de distribución a través de los respectivos empalmes;

[16] En virtud de lo que establece el artículo 149 bis y siguientes de la LGSE; el decreto 57, del Ministerio de Energía, que aprueba reglamento de generación distribuida para autoconsumo y Norma Técnica de Conexión y Operación de Equipamiento de Generación en Baja Tensión, junio 2019, de la Comisión Nacional de Energía.

ii) derecho a que las inyecciones serán valorizadas a un precio que fija la ley.

Obligaciones para los usuarios o clientes finales:

i) se debe ser un usuario sujeto a fijación de precios de acuerdo con la LGSE;
ii) se debe contar con equipamiento de generación de energía eléctrica por medios renovables no convencionales, de sistemas de almacenamiento, incluyendo aquellos sistemas de almacenamiento que forman parte de un vehículo eléctrico;
iii) en el caso del cliente se debe acreditar dominio sobre el inmueble que recibe el suministro.

Obligaciones para la empresa distribuidora:

i) permitir la conexión del respectivo equipamiento de generación a sus redes;
ii) no pueden imponer a los usuarios que deseen conectarse a sus redes, condiciones técnicas u operacionales diferentes a las dispuestas en la LGSE, presente reglamento y normas técnicas aplicables;
iii) velar para que la conexión del equipamiento de generación cumpla con las exigencias de la normativa vigente

Obligaciones de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (en adelante SEC):

Le corresponde fiscalizar el cumplimiento de la normativa y resolver los reclamos y controversias suscitadas. La normativa eléctrica otorga al usuario un acceso abierto en un servicio público eléctrico para que inyecte su energía en las redes de distribución. En ese sentido, le son aplicables a la concesionaria de SP los principios generales de: obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad.

5. Separación de esquemas normativos en generación distribuida

La Ley n.° 19940, de 2004 –Ley Corta I– introdujo en la LGSE por primera vez una regulación específica para la generación distribuida, estableciéndose que los concesionarios de servicio público de distribución de electricidad, deberán permitir la conexión a sus instalaciones de distribución a los Pequeños Medios de Generación Distribuida (en adelante, PMGD), sin perjuicio del cumpli-

miento de las exigencias de seguridad y calidad de servicio vigentes, contenido en el artículo 149 inc. 6.°. Estos PMGD tienen derecho a vender energía en el mercado mayorista y de participar de las transferencias económicas realizadas por el Coordinador (artículos 149 inciso 5.° y 72-3 de la LGSE).

El diseño de la regulación eléctrica nacional dispone un desacople de esquemas normativos entre los PMGD y la generación distribuida residencial, al establecer marcos legales diferenciados, con condiciones y características propias de cada tipo de generación. En ese sentido, en varios pasajes de la normativa eléctrica nacional se consagra dicha separación normativa. A modo ilustrativo, mencionamos los siguientes.;

i) son también coordinados los medios de generación que se conecten directamente a instalaciones de distribución (PMGD) y que no cumplan con las condiciones y características indicadas del artículo 149 bis (artículo 72-2 inc. 2.°);
ii) separación normativa entre PMGD y generación distribuida residencial: artículo 149 inciso 6.° y 7.°;
iii) los usuarios finales no son coordinados, artículo 72-2 inciso 2.°, artículo 149 bis;
iv) en caso que el usuario final sujeto a fijación de precios propietario de un equipamiento de generación (en adelante EG) opte por un régimen de precio libre, el EG adoptará la calidad de PMGD, debiendo verificar las exigencias establecidas en la normativa correspondiente (artículo 80, reglamento DS 57, NT artículo 1-6 inciso 1).

Lo anterior se traduce en que el esquema regulatorio de generación distribuida residencial y PMGD tienen su propia normativa legal, reglamentaria y de normativa técnica, que responden a condiciones y características propias de cada tipo de generación.

6. *A continuación, analizaremos la identificación de barreras regulatorias y posibles modificaciones legales, que podrían potenciar a la generación distribuida residencial*

Una primera barrera que observamos y que limita el desarrollo de la generación distribuida residencial, tiene relación con la restricción establecida en el inciso 6.° del artículo 149 bis. "La capacidad instalada por cada inmueble o instalación de un cliente o usuario final no podrá superar los 300 kilowatts". En dicho sentido, cabe recordar que a los usuarios finales sujetos a regulación de precios se les reconoce el derecho a inyectar la energía que generen a la red de distribución. Al mismo tiempo, la normativa eléctrica dispone que las obras adicionales y adecuaciones que sean necesarias para permitir la conexión y la inyección de excedentes por parte de los usuarios finales (regulados), será

solventada por estos últimos y no podrán significar costos adicionales a los demás clientes. En esa línea, se deja indemne tanto a la empresa distribuidora como al resto de los usuarios y clientes de la red.

Asimismo, y desde la perspectiva de un supuesto fin no económico que tendría el esquema de generación distribuida residencial, en ninguna parte del artículo 149 bis se prescribe que tendrá un fin no económico o no comercial. Es más, en la instancia legislativa correspondiente se discutió la eventual incorporación de la frase –no tendrá fines comerciales/económicos– y, por último, se rechazó dicha indicación, no quedando en el texto legal[17]. Por lo anterior, sería perfectamente posible extenderlo, como mínimo, a quinientos kilowatts. Según lo último, no se afectaría el régimen de opción para ser cliente libre, contenido en el artículo 147, número 4 letra d) de la LGSE[18].

Otra de las barreras detectadas tiene relación con un vacío legal relativo a la definición legal de usuario final contenido en el artículo 225 letra k de la LGSE, toda vez que no se le reconoce a este último el poder inyectar energía a la red eléctrica. En ese sentido, se hace necesario complementar la definición legal de usuario final con el objetivo de armonizarla con el artículo 149 bis y siguientes, que reconocen y habilitan al usuario final (regulado) el poder inyectar energía a las redes eléctricas.

De igual forma, otro de los aspectos que dificultan el desarrollo de este tipo de generación tiene relación con incumplimientos normativos o dilaciones injustificadas por parte de las empresas distribuidoras, con ocasión de los derechos que establece la normativa de generación distribuida residencial en favor de los usuarios finales. En ese sentido, el papel de la SEC es vital para adoptar las medidas tendientes a corregir las deficiencias que observare, con relación al cumplimiento del marco regulatorio, reglamento y normativa técnica que le corresponde fiscalizar. La actual normativa determina que le corresponde a la SEC fiscalizar el cumplimiento de la normativa y resolver los reclamos y controversias suscitadas entre la concesionaria de servicio público de distribución y los usuarios finales (artículos 149 inc. 7.° y 76 DS 57). No obstante, se observa que se debe potenciar y darle mayor fuerza a una canalización institucional más específica, con cargo y responsabilidades, para tramar en forma ágil, directa y expedita estas temáticas.

[17] Véase www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4547/ [fecha de consulta: 30 de noviembre de 2022].

[18] Con fecha 23 de noviembre de 2021, el expresidente Sebastián Piñera envío a trámite legislativo un proyecto de ley (*Boletín* n.° 14.755-08), que impulsa la participación de las energías renovables en la matriz energética nacional, y que entre sus objetivos, se incentiva a la generación distribuida, contemplándose la modificación comentada. El proyecto de ley se encuentra en primer trámite constitucional. Véase www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=15246&prmBOLETIN=14755-08 [fecha de consulta: 28 de noviembre de 2022].

7. Potencial reforma al segmento distribución

A este respecto, creemos conveniente recordar la interesante iniciativa legal que duerme en el Congreso Nacional, con ocasión del ingreso a la Cámara de Diputadas y Diputados el día 9 de septiembre de 2020 del proyecto de ley (*Boletín* n-°13782-08)[19] (en adelante el proyecto), que establece el derecho a la portabilidad eléctrica modificando la LGSE, en particular, refiriéndonos a sus primeros cinco artículos[20], con respecto: a los usuarios, libertad de elegir comercializador, a la comercialización de energía, los pagos por uso de los sistemas de distribución, en relación con la comercialización para usuarios finales y a la comercialización regulada y comercialización libre.

En cuanto a los usuarios de los sistemas de distribución, el artículo 122-1 del proyecto incorpora una nueva definición, estableciéndose que son aquellos que retiren o inyecten energía eléctrica en las instalaciones de distribución o hagan uso de estás, tales como: los usuarios finales, operadores de medios distribuidos, gestores de servicios en distribución, agregadores de generación o demanda, comercializadores de energía, prestadores de servicios o empresas generadoras. En ese sentido, la norma habilita, ensancha y viabiliza la entrada de nuevos agentes en las instalaciones y redes de distribución, transformando a estas últimas en una verdadera plataforma multiservicio que, en el marco de un mercado competitivo, pretende constituirse en un espacio donde puedan desplegarse diversas actividades, servicios y prestaciones energéticas en las redes de distribución.

Con lo anterior, el proyecto comienza a concretizar la separación entre la distribución como negocio de infraestructura de redes eléctricas –que mantiene su carácter monopólico y calidad de servicio público– de otras actividades, prestaciones y servicios energéticos que pueden desarrollarse en condiciones de competencia. A su vez, el inciso 2.° establece, entre otros, que los usuarios de distribución deberán sujetarse a la coordinación de la operación que establezca la distribuidora con l finalidad de que esta preserve la seguridad y calidad de servicio en el sistema de distribución. Al efecto, la norma del proyecto radica en la misma empresa distribuidora la función primaria –coordinación de la operación– de seguridad y calidad del sistema.

Por su parte, el artículo 122-2 fija los derechos de los usuarios finales, estableciendo, en primer término, el elegir libremente a su comercializador, in-

[19] Véase www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14341 [fecha de consulta: 28 de noviembre de 2022].

[20] Un desarrollo más extenso del proyecto de ley se encuentra en https://estadodiario.com/al-aire/regulacion-electrica-proyecto-de-ley-que-establece-el-derecho-a-la-portabilidad-electrica/ [fecha de consulta: 28 de noviembre de 2022].

cluyendo el cambio de comercializador sin costo alguno. Igualmente, se consagra el derecho de recibir información oportuna, clara y transparente sobre los precios y las condiciones bajo las cuales se efectúa el suministro, como, asimismo, tener a su disposición los datos de su consumo eléctrico, obtener atención comercial oportuna de parte del comercializador y demás. En cuanto a lo anterior, la norma añade que se deberá disponer de equipamiento de medida apropiado, según lo determina la normativa técnica respectiva.

En este último sentido, siguiendo las tendencias globales de la denominada transición energética a través de uno de sus ejes centrales, como es la digitalización de las redes eléctricas, la implementación de medidores inteligentes, constituirá no solo un desafío regulatorio, sino que, también, comunicacional y educacional, tomando en consideración experiencias pasadas sobre la materia. Dichos desafíos, abordados –adecuadamente– por medio de la gestión, acceso y protección de la información a través de la creación de la figura del Gestor de Información, contenida en el artículo 122-15 y siguientes del proyecto como, también, de una oportuna implementación de la normativa técnica, proporcionarían beneficios al sistema eléctrico, a los usuarios de distribución y, en particular, a los usuarios finales.

Por su parte, el artículo 122-3 se refiere a la comercialización de energía eléctrica indicándose que consiste en la compra y venta de energía y potencia en un sistema eléctrico. La disposición agrega que los comercializadores libres –habilitados para operar a través de licencias– podrán suministrar a usuarios finales solo por medio del establecimiento de contratos con estos últimos. Igualmente, la norma añade que los comercializadores podrán participar en las transacciones de energía, potencia y otros servicios eléctricos que efectué el Coordinador.

Asimismo, y en relación con los comercializadores, la parte final del inciso 1.° del artículo los incorpora como coordinados, en los términos establecidos en el artículo 72-2 de la LGSE. Lo anterior, implica que los comercializadores estarán obligados a sujetarse a la coordinación del sistema que efectúe el Coordinador de acuerdo con la normativa vigente. Igualmente, los comercializadores estarán obligados, entre otros aspectos, a proporcionar toda la información al Coordinador que requiera para el cumplimiento de sus funciones. La omisión del deber de información por parte de los comercializadores será sancionada por la SEC.

A continuación, y con ocasión del análisis del artículo 122-3 numeral 5.°, analizaremos brevemente los pagos por uso de los sistemas de distribución, en relación con la comercialización para usuarios finales. Al efecto, la normativa del proyecto establece que los usuarios de los sistemas de distribución –entre los cuales se encuentra los comercializadores de energía– deberán concurrir a su pago en conformidad a lo establecido en la presente ley, los reglamentos y

los decretos tarifarios respectivos, según lo prescribe el artículo 122-1 inciso 2.°. A su vez, el artículo 122-3, numeral 5.°, y según la obligatoriedad para el comercializador de suministrar a usuarios finales solo por medio del establecimiento de contratos con estos últimos, determina que el comercializador será la parte comercial única del usuario final para el suministro eléctrico.

La norma agrega que el comercializador será responsable de saldar, a quien corresponda, todos los pagos asociados al suministro eléctrico del usuario respectivo, tales como: tarifa por uso del sistema de distribución y transmisión, servicios complementarios u otros establecidos en la normativa vigente para los usuarios finales. La citada norma del proyecto implicaría lo que en doctrina se denomina la configuración de un contrato integrado de suministro, es decir, el usuario final podría suscribir un contrato integrado o a precio global con el comercializador, debiendo este hacerse cargo del acceso a las redes con el distribuidor, de la energía que se requiera del mercado eléctrico coordinado para su suministro, pagos por transmisión, servicios complementarios u otros fijados por la normativa eléctrica.

Los siguientes artículos del proyecto –122-4 y 122-5– se refieren a la comercialización regulada y comercialización libre. En relación con la regulada, la normativa dispone que las empresas distribuidoras deberán realizar dicha comercialización para con los usuarios regulados en sus respectivas zonas de concesión. La norma añade que la comercialización regulada es servicio público y con tarifas reguladas, resultantes de los respectivos procesos tarifarios llevados por el regulador, debiendo pagar, en particular, los usuarios regulados a las empresas de distribución los precios a nivel de generación-transporte y precios nivel de distribución, según lo dispone el artículo 155 de la LGSE. En relación con la comercialización libre, la norma determina que los comercializadores habilitados mediante licencia deberán ofrecer suministro de energía y potencia a los usuarios finales que lo soliciten, en la zona en la que fueron autorizados a operar.

La disposición, agrega que dicha comercialización se debe efectuar sin discriminaciones arbitrarias, según el tipo de usuario, disponibilidad de energía u otras condiciones establecidas en la respectiva licencia. Igualmente, se establece el acceso abierto obligatorio a las instalaciones de distribución, tales como: líneas áreas y subterráneas, subestaciones y obras anexas, en las condiciones técnicas y de seguridad que establezca la normativa, con el objetivo de que los comercializadores habilitados puedan suministrar a usuarios finales. Lo anterior, es sin perjuicio del pago asociado a las tarifas por uso del sistema de distribución. El inciso final de la disposición –artículo 222-5– reitera lo dispuesto en relación con el mercado eléctrico coordinado, relativo a la participación del comercializador en los balances de energía y potencia a que se refiere el artículo 149 inciso 2.° y 3.° de la LGSE, y concurrir a los

demás pagos que establezca la normativa eléctrica por el suministro a usuarios finales.

Al respecto, y según lo analizado, creemos que el proyecto de ley va en la dirección correcta, no solo porque comienza a concretar la anhelada separación entre la distribución como negocio de infraestructura de redes eléctricas –que mantiene su carácter monopólico y calidad de servicio público– de otras actividades energéticas que pueden desarrollarse en condiciones de competencia, sino que, además, porque posibilita el ingreso al mercado a nuevos agentes y empodera al usuario final.

Reflexiones finales

En el contexto de la actual crisis climática que vivimos a escala global, la transición energética, los anuncios y compromisos de la actual administración de gobierno, en el sentido de ser un país carbono neutral en 2050, como también la intención de contar con un plan de descarbonización total de la matriz energética en los próximos años, ponen de manifiesto la importancia de la regulación eléctrica para alcanzar dichos fines, en especial, a través de las ideas sobre flexibilidad y descentralización energética desarrolladas en este trabajo.

En ese sentido, la regulación debe propender a garantizar los objetivos de política pública sobre la materia como, también, los principios de diseño regulatorio esbozados en este trabajo con ocasión de la regulación existente e iniciativas legales al efecto, en especial, los que tienen relación con la competencia, eficiencia económica, innovación y modernización, transparencia, simplicidad en la implementación y gradualidad en los cambios por medio de periodos transicionales.

Bibliografía

Gutiérrez Rivera, Daniel (2020a): "Nuevo reglamento de coordinación y operación del Sistema Eléctrico Nacional", *El Mercurio Legal* (Santiago).

Gutiérrez Rivera, Daniel (2020b): "Flexibilidad: Breve análisis desde la perspectiva de requerimientos sistémicos en generación", *Electricidad. La revista energética de Chile*. Disponible en www.revistaei.cl/reportajes/flexibilidad-breve-analisis-desde-la-perspectiva-de-requerimientos-sistemicos-en-generacion/ [fecha de consulta: diciembre 2022].

Gutiérrez Rivera, Daniel (2020c): "Regulación eléctrica: criterios operacionales del Coordinador Eléctrico Nacional". Disponible en https://estadodiario.com/al-aire/

regulacion-electrica-criterios-operacionales-del-coordinador-electrico-nacional/ [fecha de consulta: diciembre 2022].

Gutiérrez Rivera, Daniel (2020d): "Energy Poverty in Chile", in Del Guayo, Iñigo; Godden, Lee; Zillman, Donald N.; Montoya, Milton F. & González, Juan José (edited by). *Energy Justice and Energy Law* (New York: Oxford University Press).

Gutiérrez Rivera, Daniel (2020e): "Regulación eléctrica: proyecto de ley que establece el derecho a la portabilidad eléctrica". Disponible en https://estadodiario.com/al-aire/regulacion-electrica-proyecto-de-ley-que-establece-el-derecho-a-la-portabilidad-electrica/ [fecha de consulta: diciembre 2022].

Gutiérrez Rivera, Daniel (2020f): "Regulación eléctrica: fallo de la Corte Suprema sobre cobro de medidores inteligentes". Disponible en https://estadodiario.com/al-aire/regulacion-electrica-fallo-de-la-corte-suprema-sobre-cobro-de-medidores-inteligentes/ [fecha de consulta: diciembre 2022].

Gutiérrez Rivera, Daniel (2021): "Constitución y energía". Disponible en https://estadodiario.com/al-aire/constitucion-y-energia/ [fecha de consulta: diciembre 2022].

Mardones Osorio, Marcelo (2019): "Los pequeños medios de generación distribuida ante el derecho de energía. Régimen vigente, interpretaciones y prospectiva", *Revista de Derecho Administrativo Económico,* n.° 29.

Rojas Calderón, Christian (2022): "La regulación del autoconsumo eléctrico en Chile. Estado actual y desafíos". *Los desafíos jurídicos de la transición energética* (Navarra: Editorial Aranzadi): pp. 433-465.

Sepúlveda Rodríguez, Enrique (2010): *Sistema y eléctricos* (Santiago: Legal Publishing).

Vergara Blanco, Alejandro (2004): *Derecho eléctrico* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Vergara Blanco, Alejandro (2018): *Derecho de energía: identidad y transformaciones* (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).

Otros documentos

Agencia Internacional de las Energías Renovables (2018): "Flexibilidad del sistema eléctrico para la transición energética. Disponible en www.irena.org/publications/2018/Nov/Flexibilidad-del-Sistema-Electrico-Para-la-Transicion-Energetica [fecha de consulta: 28 de noviembre de 2022].

Instituto Sistemas Complejos de Ingeniería (2020): *Estudio para la elaboración de una propuesta de modificación regulatoria de la distribución de energía el*éctrica. Disponible en www.energia.gob.cl/sites/default/files/documentos/informe_final_definitivo.pdf [fecha de consulta: 28 de noviembre de 2022].

Ministerio de Energía de Chile (2019): "Concepto de flexibilidad en el Sistema Eléctrico Nacional. Disponible en www.energia.gob.cl/panel/estrategia-de-flexibilidad [fecha de consulta: 28 de noviembre de 2022].

Normas

Constitución Política de la República de Chile.

Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE) y sus modificaciones.

Ley n.° 18410 (1985), que crea la Superintendencia de Electricidad y Combustibles.

Decreto 57, del Ministerio de Energía, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 24 de septiembre de 2020, que aprueba reglamento de generación distribuida para autoconsumo.

Decreto 88, del Ministerio de Energía, publicado en el Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, 8 de octubre de 2020, que aprueba reglamento para medios de generación de pequeña escala.

Comisión Nacional de Energía (2019): Norma Técnica de Conexión y Operación de Equipamiento de Generación en Baja Tensión.

Boletín n.° 13782-08, que establece el derecho a la portabilidad eléctrica modificando la LGSE.

Boletín n.° 14755-08, que impulsa la participación de las energías renovables en la matriz energética nacional.

Jurisprudencia

Corte Suprema (2020): rol n.° 50.520-2020.

LIMITACIONES O RESTRICCIONES CUANTITATIVAS AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

CUANTITATIVE LIMITATIONS OR RESTRICTIONS TO THE EXERCISE OF WATER RIGTHS

Camila Boettiger Philipps[*]

Resumen: Los derechos de aprovechamiento de aguas son el título por el cual se permite el uso de un cierto caudal de aguas terrestres, que se permite extraer de fuentes naturales. Por regla general, el caudal establecido en el derecho de aprovechamiento es un elemento esencial que fija el máximo que el titular puede utilizar. Una menor cantidad de agua disponible puede determinar que los usuarios tengan que disminuir el volumen a extraer, dentro del ejercicio normal del derecho. Pero adicionalmente, en el nuevo *Código de Aguas* existen una serie de situaciones en las que la autoridad puede restringir el volumen que los titulares de los derechos de aprovechamiento pueden utilizar. Este trabajo busca analizar estas medidas, proponiendo una sistematización de ellas, identificando su justificación, efectos y características.

Palabras claves: derechos de agua, restricciones, limitaciones, caudal.

Abstract: Water rights are the title which authorizes the use of a certain volume of water extracted from natural sources. In general, the volume established in the water right is an essential element that fixes the maximum volume of extraction. A lower quantity of available water may determine that the users have to diminish the volume to extract, within the normal exercise of the water right. But additionally, the new Chilean Water Code considers a serious of situations in which the authority may curtail the authorized volume of the

[*] Doctora en Derecho. Magíster en Ciencia Jurídica. Abogada PUC. Profesora de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, investigadora del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: cboettiger@udd.cl

water rights. This work seeks to analyze these measures, proposing a systematization of them identifying their justification, effects and characteristics.

Keywords: Water rights, restrictions, limitations, volume.

Introducción

Dada su naturaleza de bienes públicos, la utilización de las aguas terrestres, más allá del "derecho a la sed", o el uso común que tienen todos los habitantes, requiere de un título habilitante otorgado por la autoridad competente[1]. Aunque han variado las nomenclaturas, requisitos o procedimientos a través de los cuales se permite el uso privativo de las aguas, hay un elemento que es esencial a ese derecho concesional: la determinación, expresa o determinable, del volumen máximo que dicho título habilita a extraer.

Este volumen podrá extraerse en su totalidad o en parte, dependiendo por regla general de la disponibilidad del recurso que presente la fuente, de acuerdo con la distribución que realizan los mismos titulares a través de las organizaciones de usuarios. En efecto, una de las características del modelo del C*ódigo de Aguas* de 1981 era la amplia autonomía que tenían los titulares de derechos de aprovechamiento para decidir sobre su ejercicio: desde la libre destinación o cambio en el uso de las aguas, a la falta de sanciones por su no ejercicio, hasta la falta de prelación o preferencia entre los posibles usos de las aguas[2].

De hecho, una de las críticas más fuertes y recurrentes al sistema instaurado en 1981, era respecto del limitado papel de la autoridad administrativa respecto del ejercicio de los derechos de aprovechamiento; las pocas atribuciones que se mantuvieron en dicho C*ódigo* tenían más que ver con el otorgamiento de derechos o su registro, más que con la posibilidad de intervenir en las facultades de los titulares de ellos, sobre todo en situaciones de escasez o por los efectos negativos en las fuentes de agua, agravado con una sequía extensa y cambios hidrológicos muy fuerte, por efecto del cambio climático[3].

Por eso no es de extrañar que este sea uno de los mayores cambios que se introdujeron mediante las sucesivas modificaciones al C*ódigo de Aguas* en 2005 y 2018[4], y que culminaron con la reciente reforma publicada el 6 de

[1] Neumann (2003), pp. 398-400.

[2] Vergara (1998), tomo i, pp. 266-271 y tomo ii, pp. 314-318.

[3] Celume (2015), pp. 39-49; Jaeger y Peña (2015), p. 93; Bauer (2015), pp. 115-116.

[4] Ley n.° 20017, modifica el C*ódigo de Aguas* (2005) y Ley n.° 21064, introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones (2018).

abril de 2022[5]. Considerando la historia, entidad y profundidad de los cambios que esta ley contiene, puede considerarse que tenemos un nuevo *Código de Aguas* (*CdA*), con un modelo distinto del anterior dado que se abandonan o modifican varias de las características o lineamientos propios del *Código* de 1981[6]; uno de ellos, es el papel de la autoridad y sus facultades de intervención en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas.

En ese contexto, este trabajo busca identificar las diversas situaciones que actualmente existen en el nuevo *Código de Aguas* en las que la autoridad puede restringir el volumen que los titulares de los derechos de aprovechamiento pueden utilizar. Sobre la base de su regulación legal, se analizarán estas medidas, proponiendo una sistematización de ellas, exponiendo su justificación, efectos y características.

I. Restricciones al ejercicio ordinario de los derechos de aprovechamiento de aguas

Los derechos de aprovechamiento de aguas configuran el título en virtud del cual las personas pueden aprovechar privativamente este recurso natural. Estos derechos otorgan las facultades de acceder, extraer y usar una determinada cantidad de agua[7]. Como explicamos, todos los derechos de aprovechamiento debieran tener como elemento esencial una dotación determinada o, al menos, determinable como volumen máximo que puede extraerse de la fuente natural por su titular en el ejercicio normal de su derecho[8]. Decimos determinada o determinable, ya que, aunque el artículo 7 del *CdA* explicita que este volumen debe expresarse en "volumen por unidad de tiempo" (litros o metros cúbicos, por segundo, día, hora, etc.) es un dato conocido que en el sistema chileno que muchos derechos de aprovechamiento otorgados bajo legislaciones anteriores o inscritos hace mucho tiempo pueden no presentar de manera explícita esta cantidad, como es el caso de los derechos que se expresan en unidades de medida como "regadores" o "acciones"[9].

Específicamente, además, de acuerdo con la tipología de cada derecho, el titular del mismo podrá ejercer su facultad de extracción en la forma y tiempos que establezca su título. Podrá destinar las aguas a un uso u otro, según el derecho sea consuntivo o no consuntivo; podrá extraer el recurso en forma

[5] Ley n.° 21435, reforma el *Código de Aguas* (2022).
[6] Boettiger y Crocco (2022, en prensa).
[7] Figueroa (2003), p. 19.
[8] Muñoz (1999), pp. 39-40.
[9] Arévalo (2011), p. 31.

continua o en determinados periodos, según sea continuo, discontinuo o alternado; y podrá tener un mayor o menor acceso a las aguas disponibles en la fuente natural de acuerdo con la prelación que su derecho tenga en ella con otros usuarios, según sea de ejercicio permanente o eventual[10]. En suma, el tipo de derecho determina las condiciones y reglas aplicables al ejercicio normal u ordinario de un derecho de aprovechamiento de aguas.

Pero existen situaciones en las cuales la cantidad de agua que puede extraerse en virtud del derecho será menor que la autorizada en su título, por otras razones. En ciertas circunstancias, los titulares de los derechos de aprovechamiento no pueden extraer el volumen total que permite dicho derecho y deben ejercerlo de manera limitada, reduciendo la cantidad de agua que pueden aprovechar. En el C*dA* es posible identificar varias de estas situaciones, en las que la autoridad impone a los usuarios una restricción en cuanto al volumen que se puede extraer y aprovechar. Estas son las limitaciones cuantitativas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas; impuestas mediante medidas administrativas que restringen el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en cuanto al caudal a extraer, y que configuran restricciones distintas del ejercicio normal u ordinario dado por la tipología del derecho.

Para poder identificar estas medidas debemos distinguir estas limitaciones de las obligaciones o cargas propias del ejercicio regular de un derecho de aprovechamiento. Estas últimas pueden ser generales a todos los derechos de aprovechamiento, tales como obtener los permisos o autorizaciones de la Dirección General de Aguas (DGA) o de otras autoridades sectoriales para usar el derecho en una determinada obra o actividad, o la obligación de instalar medidores y entregar la información a la autoridad[11], o pueden derivar de la tipología del derecho mismo. Ejemplos de estas últimas serían la obligación de los derechos no consuntivos de restituir el agua al cauce en igual cantidad y calidad, sin provocar golpes o mermas de agua[12], o la obligación de respetar la distribución de las aguas en corrientes superficiales que realizan las organizaciones de usuarios como juntas de vigilancia o asociaciones de canalistas para derechos de ejercicio permanente y eventual, en que más que una limitación externa, la distribución pasa a ser parte de la forma de ejercer el derecho de aprovechamiento[13]. Lo mismo sucede con el caudal ecológico mínimo que se establece al otorgar

[10] Nos referimos a las tipologías de los derechos de aprovechamiento de aguas establecidas en los artículos 12 a 19 del C*dA*.

[11] Artículos 41, 68 y 171 del C*dA*.

[12] Artículo 14 del C*dA*.

[13] Además, si bien la distribución de aguas puede implicar un aprovechamiento de un caudal menor al autorizado en los derechos que integran la respectiva organización, esta no constituye propiamente una limitación al ejercicio ya que no es aplicada por la autoridad, sino por los propios usuarios.

un derecho de aprovechamiento en aguas superficiales, que constituye una modalidad del mismo que el titular debe respetar dejando pasar ese volumen en su punto de captación independiente del caudal que traiga la fuente[14].

Nuestro interés se enfoca en aquellas medidas o instrumentos a través de los cuales la autoridad puede intervenir en forma directa sobre la cantidad de agua que regularmente puede extraer el titular del derecho, que afectan el ejercicio del derecho de aprovechamiento restringiendo las facultades que este otorga de usar y gozar de las aguas.

II. Limitaciones o medidas restrictivas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas

A continuación, exponemos, en particular, cada una de las medidas limitativas identificadas en el C*dA*, que restringen el volumen de agua que los titulares de derechos de aprovechamiento pueden extraer. En cada una de ellas revisaremos, como actos de un órgano administrativo, lo siguiente:

a) Concepto y regulación: Esto explicita las potestades que la normativa entrega a la autoridad para imponer la medida respectiva y la forma de hacerlo, considerando que todas conllevan el ejercicio de una facultad de la autoridad que se impone mediante un acto administrativo, con todo lo que ello implica[15].

b) Justificación y objetivos: Cada medida contempla ciertos supuestos de hecho o circunstancias que las motivan y que deben presentarse para su dictación, lo que, además, se relaciona con su finalidad: por qué se dictan y el fin que persiguen. En una visión sustancial, las potestades administrativas tienen un tiempo o momento en que se toma una decisión sobre una situación de hecho; un contenido u objeto que debe estar en armonía con dichos motivos y su ejercicio debe cumplir con el fin específico establecido en la ley. Muchas veces estas son potestades discrecionales que requieren una valoración jurídica por parte de la administración de conceptos jurídicos indeterminados, y elección de soluciones dentro de posibles decisiones igualmente legítimas o válidas en la medida que cumplan el fin para el cual se adoptan[16]. Identificar

[14] Boettiger (2013), pp. 2-3.

[15] Las potestades administrativas son "medios jurídicos de que se dota a los órganos integrantes de la Administración del Estado para el cumplimiento de los cometidos que la Constitución y la ley les han encargado". Moraga (2010), p. 26.

[16] Moraga (2010), pp. 31 y 36-37, 89 y ss. En el mismo sentido, Bermúdez (2011), pp. 111-112.

los objetivos que persigue la medida a su vez permite evaluar la idoneidad de ella respecto del fin que se pretende lograr con ella.

c) Efectos y ámbito de aplicación: Configuran el resultado práctico que estas medidas producen en el ámbito jurídico y material, lo que comprende los derechos y obligaciones que producen estos actos sobre los titulares de derechos de aprovechamiento[17]. En cuanto a su ámbito de aplicación, desde el punto de vista de la extensión de los efectos del acto administrativo, estos pueden estar dirigidos a una persona en particular (actos singulares), a un grupo determinado de personas (acto plural) o estar dirigidos a una cantidad indeterminada de personas (actos generales)[18].

1. Redistribución por escasez hídrica

a) Concepto y regulación

La declaración de escasez es el acto mediante el cual la autoridad administrativa, ante la situación de hecho de una severa sequía en una zona hidrográfica o cauce determinado, permite la adopción temporal de medidas extraordinarias por parte de la autoridad sectorial (DGA), con el fin de reducir al mínimo los daños generales derivados de ella[19].

Se encuentra regulada en los artículos 314 y 315 del *CdA*. Es el Presidente de la República el que puede emitir esta declaración, mediante un decreto supremo, el que es expedido a través del Ministerio de Obras Públicas; la declaración de escasez puede alcanzar un máximo de un año, prorrogable en forma sucesiva previo informe de la DGA para cada prórroga. El inciso 2.º de la norma citada exige que la DGA, mediante resolución, califique previamente los "criterios que determinan el carácter de severa sequía"; en la actualidad es la resolución DGA n.º 1331 de 2022[20] la que establece los criterios para calificarlas, sobre la base de las condiciones hidrometeorológicas, precipitaciones, caudales de los ríos, volúmenes de embalses y capacidad de ex-

[17] El objeto o contenido del acto administrativo que imponga la medida puede afectar positiva o negativamente el ámbito de ejercicio de los derechos de los particulares, según si este otorga un beneficio (actos favorables) o le impone una carga o gravamen (actos desfavorables). Al respecto véase Silva (1995), pp. 53-54 y 114; Bermúdez (2011), pp. 113-114 y Aróstica (2016), p. 96.

[18] Respecto a esta clasificación véase Bermúdez (2011), pp. 115-116 y Aróstica (2016), pp. 90-92.

[19] Para un análisis más detallado de esta institución véase Boettiger (2019).

[20] Resolución DGA n.° 1331 (2022), deja sin efecto resolución DGA n.° 1274, de 12 de junio de 2012 y establece criterios que determinan una severa sequía.

tracción de los acuíferos, además de considerar posibles efectos en el abastecimiento de agua para consumo humano.

b) Justificación y objetivos

La situación que justifica la adopción de esta medida es fáctica: una sequía severa, que provoca la disminución anormal del recurso en una fuente natural en un periodo de tiempo. Específicamente, la hipótesis de la norma se da cuando sobre la base de mediciones objetivas y estándares fijados en forma previa, se configura la situación de disminución del recurso en la fuente natural respectiva. Los antecedentes mínimos de los que debe disponer el Presidente de la República para realizar la declaración de escasez deben ser proporcionados por la DGA, organismo administrativo a quien corresponde obtener, procesar e interpretar la información respecto al recurso hídrico en el ámbito nacional[21]. Si de acuerdo con esos parámetros técnicos se da esta situación, la DGA debe informar e instar por la declaración de escasez, y adoptar las medidas que conforme a esos antecedentes sean necesarias para cumplir con la finalidad que la justifica.

En cuanto a los objetivos, el artículo 314 del C*dA* dispone que la finalidad de la declaración de escasez es

> "reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, especialmente para garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia...".

c) Efectos y ámbito de aplicación

La declaración de escasez es un acto administrativo de efectos generales; su ámbito de aplicación está geográficamente acotado, pero dentro de este pueden verse afectados, por las medidas que adopte la autoridad, todos los derechos de aprovechamiento que se encuentren comprendidos en la zona de escasez, en las fuentes naturales de las zonas geográficas comprendidas en el decreto respectivo[22]. Estas medidas, enfocadas en la distribución de las aguas disponibles, pueden aplicarse tanto a aguas superficiales como subterráneas.

Otra característica de su ámbito de aplicación es que es temporal, ya que el plazo en el cual la autoridad puede ejercer sus facultades extraordinarias es el de vigencia del decreto supremo que declara la zona de escasez, esto es, un máximo de un año desde su dictación. La aplicación de las medidas adoptadas durante este periodo no podría exceder dicho plazo; sin embargo, la nueva redacción de la norma permite la prórroga sucesiva de la declaración,

[21] El artículo 299 letra b) del C*dA* establece como una de las funciones de la DGA la de "investigar y medir el recurso".

[22] Segura (2006), p. 197.

sin límite, siempre y cuando la DGA emita un informe que justifique la mantención de la medida. Como justificación de una situación extraordinaria, nos parece que cada informe de la DGA debería contener información actualizada de las zonas que se mantendrán bajo la declaración de escasez que cumpla con los parámetros que la regulación exige; no cabría la simple prórroga por las mismas condiciones invocadas previamente.

Respecto a la forma en que las potestades que otorga la declaración de escasez a la autoridad administrativa pueden afectar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, dependerá según la atribución que ejerza la DGA, las que tienen un carácter excepcional respecto del régimen normal del aprovechamiento de las aguas. Conforme a los artículos 314 y 315 del C*dA*, la autoridad podría:

i) Exigir a las juntas de vigilancia un acuerdo de redistribución entre todos los usuarios de la cuenca, dentro del plazo de quince días corridos desde la declaración de escasez, para su aprobación por el servicio, luego de la cual deberá implementarse[23].
ii) En caso de no presentarse dicho acuerdo, o en caso de incumplimiento del mismo, la DGA podrá suspender las atribuciones de las juntas de vigilancia y ordenar el cumplimiento de las medidas aprobadas o realizar de manera directa la redistribución de las aguas disponibles en la fuente respectiva.
iii) Si no existieran constituidas organizaciones de usuarios en las zonas de escasez, la DGA podrá instruir a los usuarios la redistribución de las aguas o hacerse cargo directamente de ella.

La potestad que podría restringir las facultades de extracción y aprovechamiento de los derechos de aprovechamiento es la de redistribución de caudales. En la práctica, la DGA podría asignar volúmenes reducidos para los distintos titulares de derechos de aprovechamiento, según el uso o destinación que se les den a los derechos, en vista de la priorización del consumo humano que establece el artículo 5 bis inciso 5.º del C*dA*.

2. Reducción temporal

a) Concepto y regulación

La reducción temporal del ejercicio es una medida por la que la autoridad puede establecer una limitación a la extracción de aguas a ciertos titulares de derechos de aprovechamiento, para evitar perjuicios a la fuente del recurso y a los que la explotan. Con la reforma de 2022 esta medida, que estaba contemplada desde

[23] La DGA especificó las condiciones técnicas y contenido mínimo que deben contemplar estos acuerdos de redistribución mediante resolución DGA n.º 1104 de fecha 11 de mayo de 2022.

1981 solo para aguas subterráneas, pasó a ser aplicable, también, a aguas superficiales, a pesar de la diversa regulación que presenta uno y otro tipo de aguas[24].

Para las aguas subterráneas, se encuentran reguladas en el artículo 62 del C*dA*:

> "Si la explotación de aguas subterráneas produce una degradación del acuífero o de una parte de él, al punto que afecte su sustentabilidad, la Dirección General de Aguas, sí así lo constata, de oficio o a petición de uno o más afectados, deberá limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en la zona degradada, a prorrata de ellos, de conformidad a sus atribuciones legales. Esta medida quedará sin efecto cuando los solicitantes reconsideren su petición o cuando a juicio de dicha Dirección hubieren cesado las causas que la originaron".

El artículo 29 del Reglamento de Aguas Subterráneas especifica parámetros técnicos en que procede esta medida; se refiere, también, al procedimiento para su dictación[25], y detalla las menciones específicas que debe contener la resolución fundada del Director General de Aguas que la decrete, la que, además, debe publicarse en el *Diario Oficial*.

Por su parte, su potencial aplicación a las aguas superficiales fue introducida en el actual C*dA* en el artículo 17, que en su nuevo inciso 3.º especifica:

> "Cuando no exista una junta de vigilancia que ejerza la debida jurisdicción y si la explotación de las aguas superficiales por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos".

Debe mencionarse que esta medida no ha tenido aplicación práctica, pues nunca se ha solicitado ni decretado. Esto se ha explicado porque hasta 2018 la autoridad no podía decretarla de oficio[26]. Solo procedía a petición de

[24] Por sus características hidrogeológicas, y dadas las diferencias que presentan con las aguas superficiales para su aprovechamiento, las aguas subterráneas en Chile tienen una regulación especial; de acuerdo con el artículo 58 del C*dA*, además de las normas legales, existe un reglamento especial respecto de ellas, "Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas" contenido en el DS 203 de 2014 del Ministerio de Obras Públicas (en adelante, Reglamento de Aguas Subterráneas).

[25] Conforme al citado artículo, a solicitud de reducción temporal del ejercicio se dirige al Director General de Aguas, y se tramita de acuerdo con el procedimiento general establecido en el artículo 130 y siguientes del C*dA*. Debe señalar específicamente el o los derechos afectados, su punto de captación y títulos vigentes.

[26] Gallardo (2002), p. 269.

parte[27], del perjudicado por la explotación de aguas subterráneas[28], que probablemente sería uno de los titulares de los derechos de aprovechamiento que se verían afectados por la reducción; por lo que era difícil que los usuarios solicitaran una medida restrictiva que también implicaría limitar el ejercicio de sus propios derechos[29].

b) Justificación y objetivos

La adopción de esta medida puede estar basada en dos causales, tanto para aguas superficiales como para subterráneas: una es la grave afectación de la fuente natural y, la otra, es el perjuicio de los usuarios que se ven afectados por el ejercicio de ciertos derechos de aprovechamiento.

i) Grave afectación de la fuente natural: De acuerdo con el artículo 6 inciso 5.° del C*dA*, en caso de existir

> "riesgo de que el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae, o en caso que el riesgo se haya materializado",
>
> la DGA podrá aplicar la reducción temporal establecida en los artículos 17 (para aguas superficiales) y 62 (para aguas subterráneas). La grave afectación de la fuente natural puede ser causada por la simple extracción o por un cambio de uso entre actividades productivas de algunos derechos de aprovechamiento de aguas (artículo 6 bis incisos 6 y 7 del C*dA*). Para aguas subterráneas, el artículo 62 inciso 1.° y 2.° del C*dA* contempla como una grave afectación de la fuente "…la degradación del acuífero o una parte de él, que afecte su sustentabilidad", entendiéndose que esto se produce cuando "el volumen de extracción produce un descenso sostenido o abrupto de los niveles freáticos". Por otra parte, el inciso 6.° del artículo 6 del C*dA* ordena que para ponderar el riesgo o afectación a la fuente, se debe considerar el resguardo de las funciones de subsistencia y preservación ecosistémica, por lo que aquí nuevamente se prioriza en el nuevo C*dA* estas funciones por sobre las productivas[30].

[27] La Ley n.° 21064 de 2018 incorporó la posibilidad de que la DGA decretara de oficio esta medida, pero no se ha ejercido esta facultad.

[28] Arévalo (2011), p. 239.

[29] Arévalo (2011), pp. 240-241; Rivera (2015), pp. 245-246.

[30] La priorización del consumo humano y la valoración ecosistémica de las aguas como elemento ambiental son dos de los nuevos ejes del C*dA* resultante de la reforma de la Ley n.° 21435. Para más detalle sobre estos cambios véase Boettiger y Crocco (2022, en prensa).

ii) Perjuicio a titulares de derechos de aprovechamiento: La otra causal legal para que proceda esta limitación, común a aguas subterráneas y superficiales, requiere comprobar el perjuicio que produce a uno o más titulares de derechos de aprovechamiento de aguas la explotación que otros usuarios realizan en la misma fuente (artículo 17 incisos 3.° al 5.° y artículo 62 inciso 3.° del C*dA*). Esta causal reconoce el carácter sistémico de las aguas terrestres y la interacción que tienen, constatando la influencia que pueden producir captaciones individuales en la fuente común que aprovechan titulares de derechos de aprovechamiento, las que pueden llegar a provocar un perjuicio a los titulares de dichos derechos. En el caso de las aguas subterráneas, el artículo 29 del Reglamento de Aguas Subterráneas especifica los casos en que se considera que se produce esta situación: en sus dos primeros literales se enfoca en la afectación de la facultad de extracción del recurso, al establecer el rango de disminución de la cantidad de agua que pueden extraer los titulares de derechos de aprovechamiento afectados, en al menos un 15 % respecto del caudal señalado en sus títulos[31]. El otro caso se refiere a la fectación de la calidad de las aguas por su alteración significativa o contaminación de estas[32]. Esta incide en la facultad de uso de las aguas de los derechos de aprovechamiento, ya que no solo la cantidad del recurso es importante para su utilización; la calidad de las aguas determina en buena parte la aptitud de las mismas para servir a un uso otro.

Esta especificación da parámetros más concretos a la autoridad y los particulares para verificar la ocurrencia de este concepto indeterminado, comprendiendo situaciones de afectación tanto de la cantidad como de la calidad de las aguas subterráneas a nivel de fuente. Permiten objetivar la ocurrencia del perjuicio a los titulares de derechos de aprovechamiento, enfocándose en los efectos que una explotación produce a nivel de fuente del recurso, con la consecuente afectación de usuarios del mismo, evitando la discusión de si se ha producido o no perjuicio a los titulares de dichos derechos en términos jurídicos[33]; si se confirma que la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios produce alguna de las situacio-

[31] Artículo 29 letras a) y b) del Reglamento de Aguas Subterráneas (2014).

[32] Artículo 29 letra c) del Reglamento de Aguas Subterráneas (2014).

[33] Si se atendiera a lo que se entiende tradicionalmente por perjuicio, como detrimento o disminución que sufre una persona de sus ventajas patrimoniales o extrapatrimoniales, de acuerdo con lo explicado por Alessandri (1983), p. 210.

nes descritas, se ocasionaría perjuicio a los titulares de derechos de aprovechamiento del acuífero afectado para hacer procedente la reducción temporal. Para la acreditación de los hechos que pueden dar lugar a una reducción temporal, se exige que sea el peticionario de la medida el que aporte los antecedentes para comprobarlos, pudiendo valerse de estudios e investigaciones de la DGA o propios[34].

Para las aguas superficiales, no se ha especificado como se configuraría la situación de perjuicio a titulares de derechos de aprovechamiento. Esto es muy relevante, más aún si la causal requiere identificar tanto al causante del perjuicio como a los derechos de aprovechamiento afectados por esta extracción. Dada la dinámica de las aguas superficiales, consideramos difícil la acreditación de esto a la autoridad, más todavía si estos usuarios deben reducir la extracción a prorrata de los todos los derechos de ejercicio permanente de la fuente respectiva cuándo esta no trae el caudal suficiente para abastecerlos a todos[35]. Tendría que comprobarse ante la autoridad que no se ha respetado ese reparto proporcional o que derechamente se han abastecido algunos derechos de aprovechamiento en vez de otros, sin respetar la prelación entre ellos.

En cuanto a los objetivos, esta medida tiene por finalidad reducir la extracción de aguas subterráneas o superficiales de manera de evitar una sobreexplotación en los recursos de la fuente y la consecuente falta de disponibilidad para los usuarios que ya tienen derechos en ella. Tiene claramente un fin de conservación, de uso racional de un recurso natural renovable y escaso[36]; estaría destinada a permitir la recuperación de la fuente[37], evitando que siga disminuyendo el nivel de la napa subterránea[38] (o caudales superficiales, en su

[34] El artículo 29 del Reglamento de Aguas Subterráneas exige acompañar a la solicitud de la medida los antecedentes técnicos que demuestren la disminución de la capacidad de extracción de los pozos o la alteración de la calidad de las aguas; adicionalmente, contempla la posibilidad que la DGA pueda requerir antecedentes técnicos adicionales para fundar la reducción solicitada.

[35] Artículo 17 del C*dA*: "Los derechos de ejercicio permanente facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alícuotas".

[36] La conservación comprende, de acuerdo con el artículo 2 letra b) de la Ley n.° 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente: "el uso y aprovechamiento racionales o la reparación, en su caso, de los componentes del medio ambiente, especialmente aquellos propios del país que sean únicos, escasos, o representativos, con el objeto de asegurar su permanencia y capacidad de regeneración".

[37] Segura (2006), p. 102.

[38] Figueroa (2003), p. 79.

caso), con los consiguientes efectos negativos que esta situación puede producir en la cantidad y calidad de las aguas existentes en ella. Es una medida que permite a la autoridad proteger el ejercicio de los derechos de aprovechamiento[39], y resguardar la fuente en la cual éstos se ejercen:

> "…su finalidad es la de resguardar el interés general comprometido en la conservación de los recursos hídricos subterráneos existentes en un determinado sector"[40].

c) Efectos y ámbito de aplicación

Esta medida permite a la DGA intervenir en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas; es de carácter excepcional, ya que implica una restricción a la explotación de aguas subterráneas o superficiales entre titulares de derechos ya constituidos. La limitación consiste en la reducción de la facultad de extracción, a prorrata, entre todos los derechos afectados por la medida, lo que significa que todos ellos deben rebajar su extracción en la misma proporción[41]. Esta proporción debe, según el artículo 29 del Reglamento de Aguas Subterráneas, especificarse en la resolución del Director General de Aguas que ordene la reducción temporal[42].

En cuanto a su ámbito de aplicación, es una medida de carácter local[43], ya que debería afectar solo a los titulares de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas del acuífero o curso de agua superficial en que se constate la situación de hecho que la justifica. Recae no solo sobre los usuarios que ocasionan el perjuicio con su explotación, sino, también, sobre todos los usuarios del sector[44]. El artículo 29 del Reglamento de Aguas Subterráneas exige que la resolución que la ordena determine específicamente los titulares de derechos afectados por la medida, por lo que sería un acto administrativo de efecto plural, afectando a un grupo de destinatarios, titulares de derechos de aprovechamiento determinados por la autoridad.

En aguas subterráneas hay varios elementos que complejizan la determinación de los derechos afectados por la restricción. En primer lugar, la de-

[39] Arévalo (1999), p. 24 y Gallardo (2002), p. 265.

[40] Arévalo (2011), p. 237.

[41] 'Prorratear', según la Real Academia Española (2001), tomo II, pp. 1846-1847, significa: "Repartir una cantidad entre varias personas, según la parte que proporcionalmente toca a cada una"; 'proporción', por su parte, se refiere a la: "Disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí".

[42] Según Arévalo (2011), p. 239 corresponde a la DGA sobre la base de estudios técnicos "la determinación de los porcentajes a que debe reducirse la explotación de los pozos del sector".

[43] Arévalo (1999), p. 24; Muñoz (1999), p. 321; Gallardo (2002), p. 265.

[44] Arévalo (2011), p. 237.

finición de "sector hidrogeológico de aprovechamiento común" del artículo 54 del Reglamento de Aguas Subterráneas lo define como

> "el acuífero o parte del mismo que presenta características hidrogeológicas espacio-temporales que posibilitan su delimitación para fines de evaluación o gestión independiente".

Esta posibilidad de subdividir la fuente subterránea en sectores manejados independientemente ha sido criticada por las dificultades para su establecimiento y las consecuencias que tiene para el manejo de los recursos de la fuente común[45]. Si se considera el acuífero como la fuente subterránea del recurso, como una unidad que puede estar formada por distintos sectores hidrogeológicos que tienen un comportamiento diferente y particular, se da una relación de género-especie entre el acuífero y sus sectores[46]. La delimitación en "sectores" dentro del mismo acuífero podría llevar a una fragmentación de las fuentes de aguas subterráneas, dividiéndolas y dificultando la implementación de una gestión integrada o colectiva de las mismas, con los graves efectos que esto puede tener en el otorgamiento de derechos de aprovechamiento y su ejercicio[47]. Por esto, la sectorización de los acuíferos debe darse solo cuando se reconocen sectores hidrogeológicos con características particulares cuya administración queda a cargo de una comunidad independiente del resto que pueda coexistir en el mismo acuífero, de manera que "la forma y modalidades de uso de las aguas que se produzca en un área determinada no afecte lo que suceda en las contiguas"[48].

Esto tiene importancia para la aplicación de la medida de la reducción temporal, pues es el comportamiento del acuífero o sector hidrogeológico delimitado dentro de este el que se mide y observa para decretar la medida, y solo podría afectar derechos de aprovechamiento establecidos en él. Sin embargo, por la interacción que se produce en la explotación de las aguas subterráneas podría darse el caso que algunos titulares dentro del acuífero, pero de otro sector, queden sin restricción alguna a pesar de que su extracción repercuta a largo plazo en el resto de la fuente[49]. En esta situación se harían necesarias medi-

[45] Arévalo (2013), p. 187 resalta las dificultades que se derivan de la determinación de los límites o extensión del acuífero o sector acuífero, unidad que determina la jurisdicción de la comunidad de aguas subterráneas. Rivera (2016), pp. 332-335 lo critica, además de por la extensión literal del concepto, por la falta de información sobre los acuíferos para definir sus límites, y falta de definición de requisitos y formalidades apropiadas para dividir los acuíferos administrativamente.

[46] Arévalo (2013), p. 188.

[47] Rivera (2016), p. 332.

[48] Arévalo (2013), p. 189.

[49] Arévalo (2011), p. 240.

das generales que comprendan el acuífero en su integridad y no por sectores, sobre todo si el mismo Reglamento reconoce cómo la extracción de un sector puede afectar otro, cuando la contempla como una causa para decretar un área de restricción para nuevos derechos[50].

En segundo lugar, también debe tenerse en cuenta que en las fuentes de aguas subterráneas pueden existir derechos definitivos y provisionales, lo que es relevante para determinar el tipo de derechos de aprovechamiento que pueden ser afectados por la medida, que podría ser progresiva. Los derechos provisionales son los que pueden otorgarse por la DGA después de la declaración de área de restricción del sector[51], medida preventiva que tiene por objeto, justamente, limitar el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento. No se cierra en forma total la explotación de la fuente subterránea, pero los derechos que pueden otorgarse después de declarada el área de restricción son derechos precarios, que pueden ser limitados prudencialmente por la DGA o dejados sin efecto si se constata perjuicio a derechos preexistentes[52]. Dado que para decretar la reducción temporal del ejercicio se requiere un riesgo de afectación a la sustentabilidad del acuífero o la comprobación de perjuicio a derechos de aprovechamiento, una interpretación armónica de estas normas implicaría que los derechos provisionales deberían ser limitados o dejados sin efecto por la DGA[53], antes o junto con la imposición de la restricción de extracción a los derechos definitivos del acuífero. Esto impediría que los derechos provisionales puedan seguir ejerciéndose y se interrumpiría el plazo de cinco años de uso efectivo que se requiere para solicitar transformarlos a definitivos, durante los cuales no debe haberse comprobado daño a titulares de derechos ya constituidos[54], situación que es la base para decretar la reducción temporal. En consecuencia, por su naturaleza y precariedad, los derechos provisionales no podrían mantenerse a expensas de restringir el ejercicio de los derechos

[50] Artículo 30 letra e) del Reglamento de Aguas Subterráneas (2014).

[51] Según el artículo 65 del C*dA* las áreas de restricción son "aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él".

[52] Artículo 66 del C*dA* y 34 del Reglamento de Aguas Subterráneas (2014).

[53] El artículo 34 del Reglamento de Aguas Subterráneas (2014) prescribe que la limitación de los derechos provisionales procederá cuando se constate descenso sostenido de los niveles del sector hidrogeológico, o que la explotación de los derechos provisionales haya afectado la conservación y protección de otros componentes de los sistemas hidrológicos que dependen de dichas aguas, como vegas, bofedales, salares y humedales; y que dichos derechos se dejarán sin efecto "en caso de constatar la afección a derechos de aprovechamiento ya constituidos" en dicho sector.

[54] Artículo 67 del C*dA*.

previamente otorgados como definitivos en la misma fuente[55]. Consideramos nos parece que este tipo de derechos deberían ser limitados o dejados sin efecto antes de afectar los derechos permanentes constituidos en la misma fuente por medio de una reducción temporal, salvo los asociados a recarga artificial, que se excluyen expresamente[56].

Otra de las dificultades para hacer efectiva la reducción de las extracciones es que, dada la forma de explotación de aguas subterráneas, a diferencia de la distribución física que se realiza en el reparto proporcional de aguas superficiales, la aplicación de esta medida en cada pozo se basaría en controles e información de extracciones, imponiéndolas, incluso de forma coercitiva en caso que sea necesario, para lo que pueden requerir el auxilio de la fuerza pública. En las aguas superficiales, el reparto, prorrateo o turno en la extracción de aguas disponibles es una forma de distribución que ya se encuentra en operación en muchas fuentes superficiales, y los usuarios están familiarizados con ese tipo de restricciones. La diferencia es que aquí la reducción de extracción sería ordenada por la autoridad en vez de por las organizaciones de usuarios.

Por último, hay otra variable que justifica que sea la autoridad la que intervenga y amplía esta medida a aguas superficiales: la priorización de usos o prevalencia de las funciones de subsistencia y preservación ecosistémica de las aguas al ordenar la reducción temporal. Hasta abril de 2022 la DGA solo podía imponer la restricción a la extracción, sin importar el uso al cual se destinen los derechos de aprovechamiento afectados por la medida; todos se sujetaban a la misma limitación en la cantidad de agua a extraer. Sin embargo, el nuevo C*dA* introduce la priorización de usos de las aguas, que de acuerdo con el artículo 5 bis, el uso para consumo humano, doméstico de subsistencia y de saneamiento prevalecerían sobre otros usos al decretarse la reducción temporal, debiendo la DGA sujetarse a esta priorización al decretar la medida, considerando además "la diversidad geográfica y climática del país, la disponibilidad efectiva de los recursos hídricos y la situación de cada cuenca hidrográfica".

[55] Rivera (2015), p. 249 observa que esta medida está contemplada para periodos de escasez hídrica, "circunstancia ante la cual lo más equitativo es que "todos" los usuarios ajusten sus derechos a la disponibilidad existente".

[56] El artículo 41 del Reglamento de Aguas Subterráneas contiene dicha excepción: dice que la reducción temporal no afectará los derechos concedidos provisionalmente derivados de obras de recarga artificial de acuíferos. Esta exención solo podría entenderse por la asociación directa entre la recarga de la fuente subterránea y el caudal que el derecho provisional permite extraer, tanto en su cantidad como en su mantención, ya que dichos derechos mantienen su calidad de provisionales mientras persista la recarga, no pudiendo transformarse en definitivos por expresa norma legal (artículo 67 del C*dA* parte final).

El nivel de afectación o los efectos de la medida en los titulares de derechos de aprovechamiento identificados en ella son la restricción de la facultad de extracción respecto del volumen autorizado en el título respectivo, en una prorrata o proporción común a todos los afectados. Esta prorrata debe ser determinada en la resolución que la ordene, así como los derechos a los que afecta. Es importante enfatizar que, tal como lo señala su nombre, la medida permite reducir o restringir el ejercicio de los derechos de aprovechamiento respecto de la facultad de extracción, pero no contempla la posibilidad que la autoridad no permita extracción alguna. Los titulares mantendrán, entonces, el ejercicio de sus derechos respecto del resto del caudal autorizado, de acuerdo con sus títulos (usos y características). En cuanto a la duración de la medida, esta restricción es de carácter transitoria[57], debiendo la autoridad dejarla sin efecto cuando a su juicio hubieren cesado las causas que la originaron.

3. Suspensión del ejercicio

a) Concepto y regulación

Esta medida fue introducida por el nuevo texto del C*dA* de 2022; a diferencia de las dos anteriores, que fueron modificadas por la reforma, pero tenían una base de aplicación o, al menos, regulación previa en nuestro sistema, esta es enteramente nueva. Por lo anterior, el análisis que se puede hacer sobre ella es, hasta el momento, más teórico que práctico.

Esta medida presenta algunas similitudes con la reducción temporal del ejercicio, al menos en la causal que la justificaría. De acuerdo con el nuevo inciso 5.° del artículo 6 del C*dA*, de persistir la situación de afectación al acuífero o fuente superficial, la DGA "suspenderá el ejercicio de todos aquellos derechos que provocan el riesgo o afectación…". Por otra parte, el nuevo artículo 6 bis en su inciso 6.° agrega que también puede proceder la reducción temporal o la suspensión del ejercicio cuando se constate

> "…que el ejercicio de uno o más derechos de aprovechamiento de aguas, luego de un cambio de uso, causa grave afectación al acuífero o fuente superficial donde se extrae…".

En suma, la suspensión del ejercicio de derechos de aprovechamiento es una medida extraordinaria por la que la autoridad administrativa ordena la paralización de la extracción de aguas autorizada a ciertos titulares de derechos, con el objetivo de evitar una grave afectación de la fuente superficial respectiva.

[57] Arévalo (1999), p. 24.

b) Justificación y objetivos

De acuerdo con la regulación legal, esta medida debería ser el paso siguiente luego de decretada una reducción temporal, dado que la causal que justifica la suspensión del ejercicio es la misma: la grave afectación de la fuente natural, superficial o subterránea. Sin embargo, a diferencia de la reducción temporal, la suspensión no procede por "riesgo" de afectación, sino que esta debe ser una situación comprobada, actual y no eventual, que haya podido observarse con antecedentes técnicos y fehacientes respecto de la fuente respectiva.

La "grave afectación" es un concepto indeterminado que no se encuentra aún desarrollado por la interpretación administrativa. Sería deseable que, tal como los criterios para la declaración de escasez contenidos en una resolución de la DGA o los casos que para la reducción temporal contempla el Reglamento de Aguas Subterráneas, la autoridad explicite o detalle con algún parámetro objetivo cuando se podría considerar la existencia de la situación fáctica que habilita la medida de suspensión. En todo caso, debe entenderse como una afectación negativa, un detrimento a la fuente superficial que tiene efectos perjudiciales en sus parámetros normales de cantidad o calidad de las aguas que forman parte de ella, u otras variables que hayan sufrido un perjuicio significativo, como lo podrían ser las especies, ecosistemas o actividades que en ellas existen.

Por otra parte, el inciso 6.° del artículo 6 del *CdA* ordena que para ponderar la afectación a la fuente, se debe considerar el resguardo de las funciones de subsistencia y preservación ecosistémica, por lo que la autoridad debería especialmente observar estas variables para justificar o no la existencia de efectos negativos que justifiquen su imposición. Los objetivos de la medida deberían ser, justamente, evitar la extracción de caudales por un periodo determinado para permitir la recuperación o restauración de la fuente subterránea o superficial, esto es, que se reponga a una situación similar a la que tenía antes de la grave afectación. No a un estado ideal, sino al estado anterior a la afectación negativa constatada por la autoridad; y si no se pudiere restaurar a ese estado, al menos permitir que se restablezcan las propiedades básicas de la fuente[58].

c) Efectos y ámbito de aplicación

Dado que la suspensión del ejercicio de derechos de aprovechamiento sería una medida restrictiva más intensa y que debería ser adoptada en forma poste-

[58] En esta interpretación de la "grave afectación" de la fuente, nos hemos basado en dos conceptos de la Ley n.º 19300 de Bases Generales del Medio Ambiente que creemos pueden ser aplicables; el de "daño ambiental", como "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o uno de sus componentes" (artículo 2 e)) y el de "reparación" contenido en su artículo 2 letra s): "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 causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas".

rior a la de reducción temporal, su ámbito de aplicación, a primera vista, podría ser analizado en forma análoga. En cierta medida tienen aspectos comunes, como la determinación específica de los derechos de aprovechamiento que afectará, o su temporalidad, dado que es una medida restrictiva excepcional que busca la recuperación de la fuente natural afectada, manteniendo la vigencia de los derechos de aprovechamiento existentes en ella.

En cuanto al ámbito de aplicación, la autoridad debería señalar específicamente cuales son los titulares o derechos de aprovechamiento afectados por la medida, dentro de la fuente que se pretende recuperar, habiendo establecido una relación de causalidad entre su ejercicio y la grave afectación de la misma. La suspensión no es una sanción, sino una medida restrictiva de extracción de las aguas con el objetivo de recuperar un equilibrio en el sistema hídrico, por lo que la determinación de los derechos afectados por ella deben tener esa justificación. En eso es similar a la reducción temporal.

Es en el efecto sobre los derechos de aprovechamiento donde se observa la diferencia con la reducción temporal. Como lo indica su nombre, a través de la suspensión del ejercicio la autoridad pausa la posibilidad que ciertos derechos de aprovechamiento puedan extraer aguas de la fuente natural respectiva, por un periodo determinado, en forma total. El efecto en los titulares es que se verán impedidos de ejercer la facultad esencial de sus derechos de aprovechamiento, la de extracción, en forma completa, sin un caudal residual respecto del cual puedan ajustar su utilización.

Es esencial que la limitación impuesta sea temporal, por un plazo determinado y fijado por la autoridad que sea conocido por los usuarios afectados. No sería acorde con la justificación ni objetivos de la medida que esta se prolongue indefinidamente en el tiempo por los efectos que esta tiene en los titulares de derechos. Su eficacia temporal no puede quedar abierta o, al menos, la medida debe tener algún parámetro cuantificable de recuperación de la fuente respectiva, en caudal o nivel, para que todos los interesados puedan, lo más objetivamente posible, observar la evolución y efectos de la limitación y así evaluar su idoneidad y mantención.

Por esta razón consideramos que la suspensión del ejercicio debería ser utilizada como un recurso de *ultima ratio* frente a la situación de grave afectación de fuentes naturales con derechos de aprovechamiento en ejercicio. El sistema del C*dA* contempla una serie de medidas de intervención respecto de la extracción de aguas que pueden y deberían ser ejercidas en forma previa a la supresión total de los derechos de aprovechamiento, tales como: declaración de áreas de restricción y zonas de prohibición para aguas subterráneas, declaración de agotamiento de fuentes superficiales, declaración de escasez y reducción temporal, además de las reservas de caudal y otros instrumentos para proteger las fuentes naturales de agua y los caudales disponibles en ellas. Para justificar la suspen-

sión total del ejercicio, la autoridad y los usuarios deben haber agotado las opciones que la regulación ofrece para lograr equilibrar la situación de la fuente antes de llegar a una paralización de las extracciones, con las consecuencias que esta medida tiene respecto de las múltiples actividades asociadas a ellas.

III. Caracterización de las limitaciones cuantitativas a los derechos de aprovechamiento

Luego de analizadas en detalle las medidas restrictivas al ejercicio a los derechos de aprovechamiento de aguas, es posible extraer de su regulación ciertos elementos comunes o características que pueden servir en su interpretación y aplicación.

1. Concepto de limitaciones cuantitativas

Entendemos por limitaciones cuantitativas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento aquellas medidas que se imponen por la autoridad para evitar o disminuir los efectos negativos del aprovechamiento del agua y que restringen el volumen del recurso que el titular del mismo está normalmente autorizado a extraer y usar de la fuente respectiva. Corresponden a restricciones que la autoridad puede imponer a los titulares de los derechos de aprovechamiento, en forma excepcional; no son medidas voluntarias o asociadas a una actividad, ni son parte de las modalidades del ejercicio de un derecho, ni tampoco sanciones por incumpliendo o daño, sino limitaciones al normal ejercicio de los títulos que habilitan el uso de las aguas.

En primer lugar, se deben distinguir estas limitaciones al ejercicio de las restricciones al otorgamiento de derechos de aprovechamiento por falta de disponibilidad en la fuente o por causales de protección ambiental. Este tipo de medidas, por regla general, son declaradas en un instrumento general, que abarca un área o fuente determinada; es el caso de las áreas de restricción[59] y zonas de prohibición[60] en aguas subterráneas y la declaración de agotamiento en aguas superficiales[61].

[59] De acuerdo con el artículo 65 inciso 1.° del C*dA* son áreas de restricción: "aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él".

[60] La zona de prohibición es el mecanismo mediante el cual la DGA a través de resolución fundada y para la protección del acuífero declara zona de prohibición para nuevas explotaciones (artículo 63 del C*dA*).

[61] De acuerdo con el artículo 282 del C*dA*, el Director General de Aguas podrá declarar en caso justificado el agotamiento de las fuentes naturales de aguas, sea cauces naturales, lagos,

Además, en el procedimiento de otorgamiento de derechos de aprovechamiento se debe respetar el principio de protección o no afectación de derechos de terceros[62], principio fundamental del derecho de aguas y que puede influir en la determinación de falta de disponibilidad del recurso o de imponer condiciones por la interacción de derechos de aprovechamiento[63]. Finalmente, otra posibilidad que restringe el otorgamiento de derechos de aprovechamiento es la función ambiental del recurso solicitado, considerando el deber de la DGA de reservar un caudal ecológico mínimo que debería mantenerse en aguas superficiales[64] o la prohibición de otorgamiento de derechos en áreas que alimenten vegas y bofedales[65], glaciares, o en áreas protegidas[66].

2. Características de las limitaciones cuantitativas

Aquí se postulan dos ideas generales. La primera, que aun cuando estas medidas se encuentran tratadas en distintas partes de la legislación de aguas, configuran un conjunto de limitaciones que pueden sistematizarse en función de ciertos elementos o características comunes. La segunda, es que sobre la base de sus objetivos y efectos, identificables a través del estudio de su regulación particular, es posible relacionar estas medidas con finalidades u objetivos del dominio público hídrico, que justifican su imposición, mantención y, por lo tanto, pueden ser evaluadas en su idoneidad y proporcionalidad respecto del efecto que tienen sobre los usuarios del recurso.

---

lagunas u otros; declarado este agotamiento no pueden otorgarse derechos consuntivos permanentes.

[62] Artículo 22 del *CdA*: "La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas, en conformidad a lo establecido en el artículo 3º".

[63] El artículo 149 n.° 7 del *CdA* admite imponer modalidades al constituir un derecho de aprovechamiento tanto para conservar el medio ambiente como para proteger derechos de terceros.

[64] Artículo 129 bis 1 del *CdA*.

[65] La prohibición de otorgar derechos de aprovechamiento en vegas y bofedales de las regiones del norte del país está establecida en el artículo 58 inciso final del *CdA*.

[66] Los artículos 5 letra e) y 20 letra g) del Reglamento de Aguas Subterráneas exigen presentar un estudio de impacto ambiental y obtener una resolución de calificación ambiental o, en su defecto, que se acompañe un pronunciamiento formal de la oficina respectiva del Servicio de Evaluación Ambiental que desestime la pertinencia de cumplir con este requisito antes de solicitar un permiso de exploración o constituir un derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas en áreas protegidas o colocadas bajo protección oficial de acuerdo con el artículo 10 letra p) de la LBGMA.

Esto configura una base que es necesaria para un estudio más completo de estas restricciones, las que deben integrarse a la sistemática de los derechos de aprovechamiento de aguas. Un adecuado ejercicio de las potestades que tiene la autoridad para cumplir con el deber de conservación y protección ambiental del recurso, requiere que estas restricciones sean justificadas, idóneas y proporcionadas a sus objetivos, de manera que no configuren una privación de hecho del ejercicio de estos derechos.

Sobre la base de lo expuesto en las secciones anteriores, las medidas identificadas en la legislación de aguas como limitaciones cuantitativas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento presentan, en nuestra opinión, los siguientes elementos o características comunes:

a) Imperativas: Estas medidas son impuestas por la autoridad a los titulares de los derechos de aprovechamiento en ejercicio de potestades públicas que le confiere la ley[67]; no forman parte del régimen de ejercicio normal u ordinario de los derechos de aprovechamiento, o de medidas adoptadas por los propios usuarios. Son parte de las atribuciones o potestades que tiene el Estado sobre un bien nacional de uso público, para cumplir con las finalidades del dominio público hídrico[68].
b) Excepcionales: Configuran medidas que se justifican en situaciones de anormalidad, que producen efectos negativos en la fuente natural respectiva; no son una modalidad propia del derecho o son parte de su ejercicio ordinario. Por lo tanto, deben aplicarse en forma estricta e interpretarse restrictivamente.
c) Temporales: El efecto de estas medidas es la reducción del caudal que pueden extraer los titulares de derechos de aprovechamiento; afecta la facultad de extracción asociada a ellos[69], pero no configura ni busca una supresión total de ella en forma indefinida. Este efecto es transitorio, la limitación es temporal u ocasional; no es una restricción permanente a las facultades del derecho.
d) Propias del recurso hídrico: Su justificación se basa en situaciones de hecho, basadas en la cantidad disponible del recurso en la fuente como

[67] Bermúdez (2011), p. 110 identifica como lo esencial de acto administrativo la utilización del poder público, "cuyo ejercicio válido queda determinado por la competencia para desarrollarlo, el cual permite que lo resuelto pueda imponerse a los ciudadanos".

[68] El interés público asociado a las aguas terrestres se explicita en el actual artículo 5 del C*dA*: resguardo de consumo humano y saneamiento, función de preservación ecosistémica, disponibilidad de las aguas, sustentabilidad acuífera y promoción de equilibrio entre seguridad y eficiencia en los usos productivos.

[69] En este sentido, estas medidas son un acto administrativo desfavorable o de gravamen, de acuerdo con una de las clasificaciones de este tipo de actos. Silva (1995), pp. 53-54 y p. 114, Bermúdez (2011), pp. 113-114 y Aróstica (2016). p. 96.

recurso natural renovable y elemento del ambiente. Se basa en el carácter de sistema unitario de recurso de aprovechamiento común que presentan las aguas terrestres, y requiere medición y conocimiento de la fuente natural en la que se ejercen los derechos afectados por la medida.

e) Finalidad de conservación del recurso o protección ambiental: El objetivo de estas limitaciones son el aprovechamiento o uso racional del recurso o la protección del agua como elemento natural. Un uso excesivo del recurso, o la alteración del equilibrio mínimo para el funcionamiento del sistema hídrico afecta tanto la disponibilidad del recurso por otros usuarios como su función como elemento del ambiente.

Conclusiones

Las medidas a través de las cuales nuestro derecho de aguas permite restringir el ejercicio de las facultades del derecho de aprovechamiento, presentan ciertas características comunes que permiten analizarlas desde un marco teórico de limitaciones al ejercicio ordinario de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Hemos identificado dentro del *Código de Aguas* las limitaciones que presentan estos elementos: la redistribución por escasez, la reducción temporal y la suspensión del ejercicio de los derechos de aprovechamiento. Estas son limitaciones cuantitativas al de los derechos de aprovechamiento de aguas, las que como aquellas medidas que se imponen por la autoridad para evitar o disminuir los posibles efectos negativos del uso del agua y que restringen la cantidad de caudal que el titular del mismo está normalmente autorizado a extraer y usar de la fuente respectiva.

Consideramos que estas limitaciones cuantitativas a los derechos de aprovechamiento deben respetar sus facultades esenciales de extraer y usar una cantidad del recurso conforme a la tipología del derecho. En consecuencia, no pueden hacer imposible el acceso a la fuente, impedir en forma permanente la extracción de agua si hay caudal disponible, o intervenir en el destino o uso que el titular del derecho le dará al recurso.

La utilidad del análisis así propuesto permite una mejor comprensión y control jurídico de estas medidas, al identificar en su regulación la causal y finalidad pública asociada a ellas que la justifica, tanto jurídica como fácticamente. Estas medidas deben expresar los motivos que las justifiquen en su fundamentación, lo que a su vez, determina el grado de restricción que puede imponerse a los derechos afectados por la misma.

Otro aspecto importante que la autoridad debería considerar es que, al ser medidas restrictivas excepcionales, se requiere fundamentar no solo la situa-

ción que justifica su adopción, sino, también, su aplicación a determinados titulares de derechos de aprovechamiento de aguas. Dado que su efecto en el ejercicio de ellos es bastante intenso, pudiendo llegar, incluso, a impedir totalmente su ejercicio, la autoridad debe basarse en información técnica para determinar cuáles, dentro de los usuarios del sistema, serán afectados por la medida; deben existir antecedentes que permitan justificar la idoneidad de la medida tanto respecto de la fuente natural como de los derechos afectados.

Además de estas observaciones, consideramos que es fundamental considerar que estas medidas constituyen limitaciones autorizadas por ley al ejercicio de los derechos de aprovechamiento, por las que, si bien se restringe la extracción y uso de las aguas, su aplicación no podría significar, en la práctica, que los titulares de los derechos afectados se vean privados o impedidos de ejercer sus facultades si hay caudal disponible, o que solo algunos soporten una carga que beneficia a todos los usuarios del recurso.

Finalmente, solo puede recalcarse la importancia de la información, monitoreo y evaluación que estas medidas y sus consecuencias requieren. Todas estas consideraciones contribuirán a que, en el evento de su aplicación, los usuarios las acaten y colaboren en su implementación, en vez de discutir su procedencia y efectos a través de recursos e impugnaciones. El objetivo final de un aprovechamiento racional y protección ambiental de las aguas requiere de la acción de todos los actores del sistema, que a la larga se benefician de su equilibrio más que de su disputa; y estas medidas, bien administradas, pueden contribuir a ese fin.

Bibliografía

Alessandri, Arturo (1983): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica Conosur, segunda edición).

Arévalo, Gonzalo (1999): "Apuntes sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas", *Revista de Derecho Administrativo Económico,* vol. I, n.° 1: pp. 11-26.

Arévalo, Gonzalo (2011): "Reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento", en Vergara, Alejandro (dir.), *Código de Aguas comentado. Doctrina y jurisprudencia* (Santiago: AbeledoPerrot): pp. 237-244.

Arévalo, Gonzalo (2013): "Comunidades de aguas subterráneas: dificultades en su organización y ejercicio", *Actas de Derecho de Aguas*, n.° 3: pp. 185-194.

Aróstica, Iván (2016): "Una clasificación de los actos administrativos", *Actualidad Jurídica* n.° 34: pp. 85-94.

Bauer, Carl (2015): *Canto de sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales* (Santiago: El Desconcierto, segunda edición).

Bermúdez, Jorge (2011): *Derecho administrativo general* (Santiago: LegalPublishing, segunda edición).

Boettiger, Camila (2013): "Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos", *Actas de Derecho de Aguas*, n.° 3: pp. 1-12.

Boettiger, Camila (2019) "Análisis crítico de la declaración de escasez", en Montenegro, Sergio; Costa, Ezio (dirs.), *La regulación de las aguas: Nuevos desafíos del siglo* xxi. *Actas de las II Jornadas de régimen jurídico de las aguas* (Santiago: Ediciones DER): pp. 345-376.

Boettiger, Camila y Crocco, Juan José (2022, en prensa): "Nuevo Código de Aguas 2022: Los ejes del cambio de la regulación de las aguas terrestres en Chile", *Anuario de Derecho Público 2022* (Santiago: Ediciones UDP).

Celume, Tatiana (2015): "Pilares sobre los que se sustenta la reforma al Código de Aguas chileno", *Actas de Derecho de Aguas*, n.° 5: pp. 39-50.

Figueroa, Luis Simón (2003): C*urso de derecho de aguas* (Santiago: Universidad Central de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales).

Gallardo, Silvia (2002): "Medidas que limitan la explotació

n de aguas subterráneas y su aplicación práctica", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.° 1: pp. 265-270.

Jaeger, Pablo y Peña, Humberto (2015): "Del orden neoliberal al régimen de lo público en materia de aguas", *Actas de Derecho de Aguas*, n.° 5: pp. 91-112.

Moraga, Claudio (2010): *Tratado de derecho administrativo* (Santiago: LegalPublishing).

Muñoz, Gonzalo (1999): "Elementos del derecho de aprovechamiento de aguas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. I, n.° 1: pp. 37-41.

Neumann, Christian (2003): "El derecho a satisfacer la sed en el derecho de aguas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. II, n.º 2: pp. 397-416.

Real Academia Española (2001): *Diccionario de la lengua española*, 2 tomos (Madrid: Espasa Calpe)

Rivera, Daniela (2015): "Diagnóstico jurídico de las aguas subterráneas", *Ius et Praxis*, año 21, n.° 2: pp. 225-266.

Rivera, Daniela (2016): "Gestión colectiva y conjunta de aguas: perspectiva jurídica de una deuda subterránea", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. XLVI: pp. 311-246.

Segura, Francisco (2006): *Derecho de aguas* (Santiago: LexisNexis, tercera edición).

Silva Cimma, Enrique (1995): *Derecho administrativo chileno y comparado. Actos, contratos y bienes*, vol. 5 (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Vergara, Alejandro (1998): *Derecho de aguas*. Tomos I y II (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Normas

Ley n.° 20017, modifica el *Código de Aguas* (2005): *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 16 de junio de 2005.

Ley n.° 21064, introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones (2018): *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 27 de enero de 2018.

Ley n.º 21435, reforma el *Código de Aguas* (2022): *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, de abril de 2022.

LA CONSULTA DE PERTINENCIA DE INGRESO AL SISTEMA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y SU ESTADO ACTUAL

THE CONSULTATION OF RELEVANCE OF ENTRY TO THE ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT SYSTEM AND ITS CURRENT STATUS

Marcelo Sandoval Zambrano[*]

Resumen: La evaluación ambiental de la mayoría de los proyectos y actividades que se realizan en nuestro país, debe ser previa a su ejecución y se realiza mediante su ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), pero existen situaciones en que el ingreso a la evaluación ambiental no está lo suficiente-claro en la ley. Para ello, surge un procedimiento administrativo que es la consulta de pertinencia de ingreso, mediante la cual el titular del proyecto o actividad, acompañando antecedentes al efecto, solicita que la autoridad ambiental de gestión emita un acto de juicio sobre la procedencia o no del ingreso de su proyecto o actividad al SEIA.

Palabras claves: Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, consulta de pertinencia, trámite administrativo voluntario, acto de juicio o de opinión.

Abstract: The environmental evaluation of most of the projects and activities carried out in our country must be prior to its execution and is carried out by entering the Environmental Impact Assessment System (SEIA), but there are situations in which the entry into environmental assessment is not sufficiently clear in the law. For this, an administrative procedure arises, which is the con-

[*] Profesor de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: marcelosandoval@udd.cl

Agradezco la colaboración de Ignacio Monsalves M., ayudante del curso Derecho Ambiental.

sultation of relevance of income, through which the owner of the project or activity, accompanying background information to that effect, requests that the environmental management authority issue an act of judgment on the origin or not of the Entry of your project or activity to the SEIA.

Keywords: Environmental Impact Assessment System, pertinence consultation, voluntary administrative procedure, act of judgment or opinion.

Introducción

En nuestro país, la gran parte de los proyectos y actividades de inversión deben ser ejecutados, modificados o terminados, previa evaluación ambiental por parte de la autoridad pertinente, a través de su ingreso al SEIA.

El SEIA es un instrumento de gestión ambiental preventivo y que se traduce en un procedimiento administrativo reglado en el cual, en forma anticipada, se predicen los impactos o los efectos que el proyecto o actividad sometido a su evaluación producirá en el ambiente y se determinan las medidas necesarias para hacer frente a esos impactos ambientales.

La decisión de ingresar o no un proyecto a evaluación ambiental, es de responsabilidad exclusiva de su titular, ello sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia del Medio Ambiente para requerir el ingreso de proyectos o actividades al SEIA, cuando sus titulares no lo han hecho de forma voluntaria.

Para facilitar esta decisión al titular del proyecto o actividad, el artículo 10 de la Ley n.° 19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente y el artículo 3 del Reglamento del SEIA[1] establecen un listado o catálogo en el que se describen y, en su caso, se detallan todos los proyectos y actividades que deben ingresar de forma obligatoria a evaluación ambiental a través de su ingreso a este SEIA.

En el caso de proyectos o actividades que no necesiten ingresar obligatoriamente a esta evaluación ambiental, la ley otorga la posibilidad para que estos puedan ingresar a este procedimiento evaluativo ambiental, en forma voluntaria y obtener de igual modo su correspondiente calificación ambiental[2].

De esta manera, para la mayoría de los proyectos o actividades, el ingreso al SEIA y posterior calificación ambiental, se ha transformado en una exigencia que debe ser cumplida por el titular o proponente, con el fin de dar cumplimiento a esta normativa y para obtener una relativa seguridad en la pos-

[1] Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2013).

[2] Artículo 9 inciso 1 Ley n.°19300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994).

terior ejecución de su proyecto o actividad, evitando infringir la legislación dispuesta al efecto, con las consiguientes sanciones por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente, la que está facultada en su ley orgánica[3] para fiscalizar y sancionar, entre otros, a los proyectos o actividades que se ejecuten al margen de la correspondiente evaluación ambiental[4].

Es así, entonces, que para los titulares de proyectos o actividades económicas, se hace necesario tener meridiana claridad si sus proyectos o actividades, que luego emprenderán, requerirán en forma previa a su ejecución, el ingreso y la calificación ambiental otorgada en el marco de este procedimiento de evaluación, lo que es especialmente importante en aquellos casos limítrofes, en que el parecer del titular, no se aviene ni coincide con el criterio de la autoridad, en especial con la autoridad fiscalizadora y sancionatoria.

De aquí es que, en sus inicios, la praxis administrativa, y luego reglamentariamente, se consagró el trámite de la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA como una herramienta que, a nuestro juicio, puede ser de utilidad para los titulares o proponentes de proyectos o actividades que se realizan hoy en Chile, con el fin ya señalado, esto es, lograr un cierto grado de seguridad jurídica para ejecutar luego sus proyectos.

Así, este trabajo pretende revisar algunos aspectos de este trámite administrativo previo al ingreso o no de un proyecto o actividad al SEIA y examinar el estado actual de su aplicación y su utilidad, a la luz, principalmente, de lo que han señalado nuestros tribunales superiores y la autoridad administrativa.

I. Del ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental

Tal como, señalamos en nuestro país, obligatoriamente desde 1997[5] ningún proyecto o actividad, en cualquiera de sus etapas y que se encuentren incluidos en el listado del artículo 10 de la Ley n.° 19300 y detallados en el artículo 3

[3] Artículo 2 Ley n.° 20417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente (2010).

[4] Artículo 3 literales i), j), k) y o), artículo 35 literal b) y artículo 36 n.° 1 letra f) y n.° 2 letra d) Ley n.° 20417, que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

[5] Fecha de la entrada en vigencia del SEIA a través de la dictación del DS n.° 30 publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 3 de abril de 1997, primer reglamento del SEIA, no obstante, que desde 1993 hasta la dictación de tal reglamento, rigió el instructivo presidencial n.° 888, que impartió instrucciones sobre evaluación ambiental de proyectos o actividades presentados en forma voluntaria por sus titulares.

del reglamento del SEIA y otros señalados en leyes especiales[6], puede ser ejecutado, sin que en forma previa sea evaluado ambientalmente, todo ello conforme lo dispone el artículo 8 de la Ley n.° 19300.

La Ley n.° 19300 introduce en Chile uno de los instrumentos de gestión ambiental más usados y exitosos en el mundo, la evaluación de impacto ambiental, cuyo origen está en Estados Unidos a partir de la década de 1970, a través de la NEPA[7] y que recibe consagración en el ámbito internacional en el principio n.° 17 de la Declaración de Rio de Janeiro de 1992.

La evaluación ambiental, tal como está concebida, tanto en Chile como en el resto del mundo, es el ejemplo más claro de la aplicación del principio preventivo y predictivo en los instrumentos de gestión ambiental, pues está elaborada para que todos los proyectos o actividades a los que les sea aplicable su ingreso, no puedan ser ejecutados en cualquiera de sus fases, (inicio, modificación o término) sin que en forma previa hayan obtenido una resolución de calificación ambiental, que es una autorización integrada de funcionamiento y es el acto administrativo final, con el que se clausura este procedimiento de evaluación ambiental[8].

En nuestro país la evaluación de impacto ambiental está definida, para todos los efectos legales en el artículo 2 letra j de la Ley N.° 19300 como

> "el procedimiento a cargo del Servicio de Evaluación Ambiental, que, en base a un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto ambiental de una actividad o proyecto se ajusta a las normativas vigentes".

No obstante que esta definición legal hace alusión al aspecto formal de toda evaluación ambiental, esto es, que el impacto ambiental de un proyecto o actividad se ajuste a la normativa ambiental, es necesario agregar que la evaluación ambiental tiene también un aspecto material o de fondo, cual es el que toda evaluación ambiental debe examinar la suficiencia de las medidas de mi-

[6] Entre otras, Ley n.° 19.425, que dispone que los concesionarios de obras que contemplen la explotación del subsuelo de bienes nacionales de uso público, deben someter el proyecto en forma previa al SEIA o la Ley n.° 19473 o Ley de Caza, que dispone someter a evaluación ambiental previa a los cotos de caza.

[7] National Environment Policy Act, 91st UNITED STATES CONGRESS (1970).

[8] Al respecto, hay variantes al efecto en el sistema NEPA, hay una cierta flexibilidad para el ingreso de los proyectos al sistema y el procedimiento está compuesto de dos etapas *screening* y *scooping*, en la Unión Europea por su parte, funciona una lista con sistema de número cerrado conocido como Anexo I, que enrola todos los proyectos que obligatoriamente deben ingresar a evaluación ambiental previa, pero también hay otro listado, Anexo II, que permite cierta flexibilidad a las legislaciones nacionales para decidir el ingreso o no al procedimiento evaluativo, todo según la directiva 2011/ 92 UNIÓN EUROPEA.

tigación, reparación y compensación que ofrece el titular para hacer frente de forma apropiada a los impactos que producirá el proyecto o actividad evaluado en el ambiente.

El sistema de evaluación ambiental previsto por la Ley n.° 19300, funciona sobre la base de un listado o catálogo de proyectos o actividades, cuyos titulares o proponentes de forma obligatoria deben ingresar al SEIA, ello a pesar de que la Corte Suprema, a partir de los fallos recaídos en acciones de protección relativas al proyecto inmobiliario Altos de Puyai, ha señalado:

> "los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental no son únicamente aquellos enumerados en el artículo 10 de la ley N°19.300 y en el artículo 3 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Dichas disposiciones sólo señalan aquéllos en que resulta obligatorio para el desarrollador someterlos al sistema de evaluación de impacto ambiental, pero no excluye la posibilidad de que otros proyectos puedan también ser evaluados [...]".

Para la Corte Suprema el fundamento de ello es la existencia de riesgos antrópicos y de peligros naturales [9].

Como sabemos una vez decidido el ingreso del proyecto o actividad al SEIA, el proponente debe elegir, además, la vía de ingreso a este, sea a través de un estudio o de una declaración de impacto ambiental, según sea si el proyecto o actividad presente o no efectos, características o circunstancias descritas también en esa ley[10] que hacen que de forma excepcional se deba elaborar un estudio de impacto ambiental, siendo la regla general la presentación de una declaración de impacto ambiental.

De este modo, la decisión sobre el ingreso o no al procedimiento de evaluación ambiental de un proyecto o actividad y el instrumento de acceso, es una responsabilidad que debe asumir su titular, siendo para este necesario verificar si de acuerdo con el artículo 10 de la Ley n.° 19300 y artículo 3 del Reglamento del SEIA, el respectivo proyecto o actividad debe ingresar obligatoriamente al SEIA para, luego, examinar el artículo 11 de la ley y los artículos 5 al 10 del reglamento del SEIA y determinar si el proyecto debe elaborar o no un estudio de impacto ambiental para ingresar a la evaluación ambiental.

[9] Corte Suprema (2018), rol n.° 15499-2018 Claudio Garín con Dirección de Obras Municipales de Papudo, n.° 15500-2018, Junta de Vecinos Punta Puyai con Consorcio Punta Puyai S.A, n.° 15501-2018, Matilde Marambio con Director de Obras Municipales de la Municipalidad de, criterio mantenido por la Corte Suprema (2022), rol n.° 85952-202, José Vilches con Ilustre Municipalidad de Renca.

[10] Artículo 11 Ley n.° 19300,, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994) y artículos 5 al 10 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2013).

Este catálogo o listado de actividades que deben ingresar de forma obligatoria al SEIA y que se encuentra regulado en el artículo 10 de la Ley n.° 19300 y complementado, la mayoría de las veces, por el artículo 3 del reglamento del SEIA, es un listado que, al decir de Jorge Bermúdez, su interpretación literal "conduce a entender que deben someterse al SEIA los proyectos o actividades que, encontrándose en el listado, además causen impacto ambiental"[11].

La calificación de sistema de *numerus clausus* que contiene el artículo 10 de la Ley n.° 19300, que como ya anotamos, indica todos los proyectos o actividades que deben someterse obligatoriamente a evaluación ambiental, se ve reforzado por la posibilidad que otorga la ley[12] del ingreso voluntario de proyectos o actividades que no se encuentren comprendidos en este catálogo obligatorio y que por cualquier motivación sus titulares deseen someterse a este proceso evaluativo ambiental[13].

II. La consulta de pertinencia de ingreso al SEIA

Siendo, entonces, el artículo 10 en sus literales a) a la letra s) de la Ley n.° 19300 y el artículo 3 del reglamento del SEIA, en sus literales a) a la letra t) y sus respectivos subliterales, los que determinan o no el ingreso obligatorio de un proyecto o actividad al SEIA, en los casos en que ello no aparezca tan claro, es necesario efectuar un "ejercicio interpretativo previo de carácter jurídico y técnico a fin de concluir si la descripción de esa actividad se enmarca dentro de las tipologías que la ley"[14].

Para facilitar al titular del proyecto o actividad la decisión de someter o no su emprendimiento a evaluación ambiental o sus modificaciones, supliendo el silencio de la ley, mediante los correspondientes reglamentos dictados desde 1997 a 2012[15], se consagró como una práctica administrativa en la antigua Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) –servicio público reemplazado a partir de la Ley n.° 20417 de 2010 por el Servicio de Evaluación Ambiental–, la posibilidad para los titulares de proyectos o actividades que pudieran consultar a la autoridad de evaluación ambiental, si su proyecto o actividad o la

[11] Bermúdez (2014), p. 302. Ello concuerda con Contraloría General de la República (2016): dictamen n.° 48164

[12] Artículo 9 de la Ley n.° 19300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (1994).

[13] Los motivos para el ingreso voluntario al SEIA para los titulares de proyectos que no estén obligados a hacerlo pueden ser múltiples desde la facilidad para obtener los permisos ambientales sectoriales, exigencias de financiamiento hasta el denominado *green washing*, etcétera.

[14] Carrasco (2018), p. 13.

[15] Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (1997) y Reglamento del Sistema de Evaluación Ambiental (2001).

modificación que realizarían con posterioridad, debía o no someterse a evaluación ambiental a través del SEIA. El fundamento de esta práctica, devenida en institución de hecho, solo encontraba amparo en el artículo 19 n.° 14 de la Constitución Política, que concede el derecho a cualquier persona a presentar peticiones a la autoridad sobre cualquier asunto y en el artículo 17 literal i) de la Ley n.° 19880, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, agregando que este trámite administrativo, los titulares lo usaban fundamentalmente para consultar ingresos al SEIA respecto de modificaciones de proyectos que ya contaban con una calificación ambiental favorable.

Tal sistema funcionó dentro de lo esperado, pese no tener un marco jurídico que le diera respaldo y solo a partir del año 2010, el director ejecutivo de la CONAMA emitió el oficio ordinario n.° 103050 de 23 de septiembre de 2010, que fue el primer instructivo sobre consultas de pertinencia de ingreso al SEIA, el cual fue acompañado de dos guías como documentos anexos.

Con todo, y en razón del dictamen de la Contraloría General de la República n.° 7620 del 1 de febrero de 2013, el instructivo anterior fue modificado mediante el oficio ordinario n.° 131049 de 1 de julio de 2013, dicho dictamen califica la declaración de pertinencia como un tipo de acto administrativo, según lo dispone el artículo 3 inciso sexto de la Ley n.° 19880, por lo que este puede impugnarse mediante los recursos contemplados en los artículos 59 y 60 de la Ley n.° 19880[16].

La falta de regulación normativa de la consulta de pertinencia es suplida reglamentariamente a partir de la dictación del DS n.° 40 de 2012, que es el actual reglamento del SEIA, en el que la consulta de pertinencia obtiene reconocimiento jurídico, ya que en su artículo 26 señala:

> "Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia"[17].

En razón de la ya referida consagración reglamentaria de la consulta de pertinencia, con fecha 12 de septiembre de 2013, el entonces director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental dictó el oficio ordinario n.° 131456

[16] Contraloría General de la República (2013), oficio ordinario n.° 131049.

[17] Artículo 26 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2013).

(en adelante el Instructivo o el Instructivo n.° 131456) que Imparte instrucciones sobre consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y que tiene por objetivo uniformar criterios respecto del tratamiento de las consultas de pertinencias. Este Instructivo dejó sin efecto el ordinario DJ n.° 103050 de 2013, su documento anexo y la modificación contenida en oficio ordinario n.° 131049 de 2013.

El instructivo precitado, continúa a la fecha vigente y está complementado con un anexo denominado Criterios para decidir sobre la pertinencia de someter al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental la introducción de cambios a un proyecto o actividad.

Por oficio ordinario DF n.° 202299102452 de la directora del Servicio de Evaluación Ambiental de 30 de mayo de 2022, se modificó y complementó algunos aspectos de este trámite administrativo, contenidos en el instructivo n.° 131456/2013.

1. Concepto de consulta de pertinencia de ingreso

Según el instructivo administrativo vigente, por consulta de pertinencia se entiende:

> "Aquella petición de un proponente, dirigida al Director Regional o Director Ejecutivo del SEA, según corresponda, mediante la cual se solicita un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse al SEIA"[18].

Por su parte, para la Corte Suprema, en el fallo sobre un campo dunar en Concón, la consulta de pertinencia es:

> "[...] aquel trámite que a pesar de no poseer consagración legal se ha erigido, en la práctica, como un mecanismo que los particulares pueden utilizar para efectos de obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes imponen a la ejecución de proyectos o desarrollo de actividades que pretender realizar y particularmente, sobre si deben o no ser evaluados en forma previa a su realización [...]"[19].

Según la Contraloría General de la República la consulta de pertinencia:

> "Constituye un trámite de carácter voluntario y previo al eventual sometimiento de un proyecto o actividad o su modificación, al SEIA, y

[18] Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2013).
[19] Corte Suprema (2019), rol 10477-2019, considerando 11.°.

> que el pronunciamiento que recaiga en aquella se enmarca dentro de las declaraciones de juicio que realizan los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias, por medio de las cuales expresan el punto de vista de dichos órganos acerca de la materia sobre la cual se ha requerido su opinión"[20].

El Segundo Tribunal Ambiental, en causa rol R-198-2018 señaló:

> "la consulta de pertinencia es un trámite voluntario [...] y según el artículo 3 de la ley 19.880, es un acto administrativo de juicio, constancia o conocimiento que según el principio de confianza legítima ampara la actividad en los términos que ha sido propuesta"[21].

La doctrina nacional también ha definido la consulta de pertinencia señalando:

> "Consiste en un procedimiento administrativo que se inicia con una consulta del interesado en desarrollar un proyecto o actividad, que normalmente consiste en una modificación de una actividad ya existente, acerca de la necesidad de sometimiento del mismo al SEIA"[22].

De estos conceptos podemos señalar que la consulta de pertinencia consiste en una solicitud o petición que voluntariamente hace el titular de un proyecto o actividad o de una modificación que introducirá, antes de un eventual ingreso al SEIA, mediante la cual se solicita al director regional o director ejecutivo del SEA, según el caso, un pronunciamiento sobre si el proyecto o su modificación que luego pretende ejecutar, debe o no someterse en forma previa al SEIA, para lo cual, el peticionario debe acompañar todos los antecedentes fundantes de esa solicitud, con el fin de que esa autoridad emita su pronunciamiento al respecto, como declaración o acto de juicio, expresando su opinión sobre lo consultado.

2. Características de la consulta de pertinencia

1. Fundamentos jurídicos

Las normas jurídicas que fundamentan esta posibilitad para el proponente de consultar la pertinencia del ingreso de su proyecto o actividad al SEIA se en-

[20] Contraloría General de la República (2012), dictamen n.° 7620-2013; Contraloría General de la República (2014), n.° 25269-2014; Contraloría General de la República (2014), n.° 75.903-2014; Contraloría General de la República (2020), n.° 2731-2020.

[21] Segundo Tribunal Ambiental (2018), rol R-198-2018, considerando n.° 45.

[22] Bermudez (2014), p. 295.

cuentran en el artículo 19 n.° 14 de la Constitución vigente, el que consagra el derecho de formular peticiones a la autoridad y en el artículo 17 letra i) de la Ley n.º 19880, sobre Bases de Procedimientos Administrativos numeral que otorga derechos a los administrados para "obtener información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos o actuaciones o solicitudes que se propongan realizar".

Lo anterior, sin perjuicio de la normativa del artículo 26 del reglamento del SEIA, ya transcrito, en la que se consagra reglamentariamente esta institución.

Se agrega a este marco el instructivo del director ejecutivo del SEA, contenido en el ordinario n.° 131456/2013 de 12 de septiembre de 2013, modificado por oficio ordinario DE n.° 2022 2999102452 de 30 de mayo de 2022 emitido por la directora ejecutiva del SEA.

En tanto que la facultad del director regional o director ejecutivo del SEA para responder a la consulta de pertinencia a través del respectivo acto administrativo encuentra su fundamento en los artículos 8 inciso 5 y 81, letra a) y 84 de la Ley n.° 19300 y en el propio artículo 26 del reglamento del SEIA[23].

2. Es un trámite de carácter facultativo para el titular

De la lógica y estructura del SEIA se desprende que es el titular de un proyecto o actividad quien tiene la responsabilidad de decidir si su respectivo proyecto o actividad debe o no ingresar al SEIA y cuál será la vía de ingreso a este, de modo que, si el titular no tiene dudas en el ingreso al SEIA, no será obligatorio para él proceder con este trámite previo al ingreso al SEIA[24].

3. Titulares de la consulta de pertinencia

Conforme el propio tenor del artículo 26 del Reglamento del SEIA, la consulta de pertinencia de ingreso solo puede ser formulada por "los proponentes", es decir, por los titulares de un proyecto o actividad que en forma posterior podrían ingresar al SEIA y luego ejecutaran el proyecto o desarrollaran la actividad o respecto de proyectos o actividades a los que se le introducirán modificaciones.

[23] Contraloría General de la República (2012), dictamen n.° 26238 y Contraloría General de la República (2015), n. ° 463.

[24] Contraloría General de la República (2013), dictamen n.° 7620; Contraloría General de la República (2014), dictámenes n.° 25.269-2014 y n.° 759.903; Contraloría General de la República (2020), dictámenes n.° 2731 y n.° 8242.

Según el Instructivo que regula este trámite, se entiende por proponente:

> "A la persona que, pretendiendo ejecutar un proyecto o actividad, efectúa una consulta de pertinencia a fin de obtener un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse al SEIA en forma previa a su ejecución"[25].

Del mismo modo, en esta materia, existen los llamados "terceros no proponentes", o sea, aquellos que:

> "no teniendo intención de ejecutar un proyecto o actividad pretende establecer si un tercero ha incurrido en una infracción de las normas que se refieren a la necesidad de someter un proyecto o actividad al SEIA"[26].

Estos "terceros no proponentes", no pueden iniciar este procedimiento administrativo de consulta de pertinencia, porque no revisten el carácter de proponente del proyecto o actividad, ya que tienen intereses diversos de la mera consulta de pertinencia de ingreso al SEIA.

En este caso, si los "terceros no proponentes" estimaren que la realización del proyecto o actividad que el proponente pretende ejecutar amenaza o puede afectar sus garantías fundamentales, la acción de protección constitucional podría ser una vía adecuada al efecto.

También, estos "terceros no proponentes" podrán siempre efectuar la denuncia a la Superintendencia del Medio Ambiente, pues conforme al artículo 21 de su ley orgánica, cualquier persona puede denunciar el incumplimiento de instrumentos de gestión ambiental, sin perjuicio de la facultad de la misma Superintendencia para requerir a los titulares, que conforme al artículo 10 de la Ley n.º 19300, debieron someterse al SEIA y no lo hicieron, para que ingresen al SEIA sus proyectos o actividades, todo, además, según lo dispuesto en el artículo 3 literales i) j) y k) de la Ley Orgánica de la Superintendencia. En caso de infracción al ingreso al SEIA, es decir, cuando exista elusión, se aplicarán las sanciones previstas en los artículos 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Por otra parte, el mismo Instructivo ya citado, señala que tampoco se considerará proponente a quien, siendo titular de un proyecto o actividad o de sus modificaciones, formula una consulta de pertinencia de ingreso cuando, aquellos o estas, se encuentren en ejecución o ya fueron ejecutados. Esta ex-

[25] Servicio de Evaluación Ambiental (2013), instructivo n.° 131456.
[26] *Ibid*.

clusión resulta lógica y coherente con el mecanismo del SEIA, pues la consulta de pertinencia de ingreso es un trámite preliminar al ingreso o no a la calificación ambiental, la que igualmente es previa a la ejecución del proyecto o actividad o a su modificación. En este supuesto, la autoridad evaluadora ambiental deberá remitir los antecedentes a la Superintendencia del Medio Ambiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3, letras i),j) y k) de la ley orgánica de este ente fiscalizador ambiental.

4. Oportunidad para efectuar la consulta de pertinencia

El proponente debe efectuar la consulta de pertinencia a la autoridad, antes o en forma previa al eventual ingreso al SEIA de su proyecto o actividad o de la modificación a este, evaluación ambiental que, por cierto, también es previa a la ejecución del proyecto o al desarrollo de la actividad o de la modificación.

Si la consulta de pertinencia se refiere a proyectos o actividades ya ejecutadas, tampoco es oportuno el trámite y tal como señalamos en este caso, sea el director regional o el director ejecutivo del SEA deben remitir los antecedentes a la Superintendencia del Medio Ambiente, para que disponga, si así procediere, requerir que estos titulares se sometan al SEIA bajo apercibimiento de sanción, según la vía que legalmente corresponda y obligar al proponente, que fraccionó su proyecto, a ingresar en forma adecuada al SEIA, conforme a lo señalado en el artículo 3, letras i),j)y k) de su ley orgánica, tal como referimos con anterioridad[27].

5. Autoridad ante la cual se presenta la solicitud de consulta de pertinencia

El proponente deberá presentar solicitud de consulta de pertinencia de ingreso ante el director Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la región en la que se realizarán las obras materiales que contemple el proyecto o actividad o su modificación y para el caso de proyectos o actividades interregionales, es decir, proyectos o actividades que puedan causan impacto ambientales en zonas situadas en distintas regiones, la solicitud debe presentarse ante el director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

Cabe recordar que esta facultad de los directores regionales o director ejecutivo del SEA para pronunciarse sobre la consulta de pertinencia ha sido reconocido por la Contraloría General de la República en diversos dictámenes, siendo los más actuales los dictámenes n.° 52493-20103 y n.° 25269-2014.

[27] Servicio de Evaluación Ambiental (2013), instructivo n.° 131456.

6. *Contenido formal de la solicitud de pertinencia*

La solicitud de consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, al constituir el inicio, a petición de parte, del respectivo procedimiento administrativo, además de cumplir con los requisitos de forma que establece la Ley n.° 19880, en especial sus artículos 30 y 31, debe cumplir con requisitos especiales previstos en el instructivo n.° 131456, en su numeral 3, tanto en relación con el proponente como los relativos con el proyecto o actividad o su modificación.

Así, en cuanto al proponente, se requiere especialmente cumplir con requisitos de identificación y datos de contacto.

En cuanto a los antecedentes del proyecto o actividad, el Instructivo distingue entre proyectos o actividades nuevos y aquellos a los que se introducen cambios mediante otro proyecto o actividad en ejecución, sea que este cuente o no con resolución de calificación ambiental favorable y establece exigencias diversas, dependiendo si el proyecto o actividad cuenta o no con resolución de calificación ambiental, siendo el cumplimiento de estos supuestos los antecedentes básicos sobre los cuales se pronunciará la autoridad[28].

El detalle de los antecedentes que debe aportar el proponente a su consulta de pertinencia se indican en el numeral 3 del Instructivo vigente y están referidos a información relacionada con el proyecto o actividad tales como: la descripción detallada de este o aquella, o de las modificaciones que se introducirán al proyecto ya existente en su caso, la ubicación geográfica de este, información relativa a características generales del proyecto, plano de detalles, la indicación si la modificaciones que se introducirán alteran sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad original, la indicación de si las medidas de mitigación, reparación o compensación del proyecto o actividad original se verán o no modificadas de forma sustantiva, entre otros aspectos.

Estos antecedentes del proyecto o actividad aportados por el proponente, revisten gran importancia, ya que son los que sirven de base a la posterior resolución de la autoridad, por lo que la agregación de antecedentes en calidad e idoneidad suficiente, sea tanto para describir el proyecto o actividad o la modificación y sus impactos o efectos que se producirán en el ambiente, es básico para una resolución acertada de la solicitud de consulta de pertinencia de ingreso.

Para el instructivo que regula el tema, el cumplimiento de estos requisitos formales y especiales es de rigor y se prevé que si la consulta de pertinencia no se ajusta a las exigencias que el numeral 3 del Instructivo comentado

[28] Servicio de Evaluación Ambiental (2013), instructivo n.° 131456.

señala, la autoridad ambiental puede requerir al proponente la presentación de antecedentes adicionales y para el caso que estos nuevos antecedentes resultaren insuficientes para permitir que el Servicio de Evaluación Ambiental pueda emitir una respuesta adecuada, este emitirá una resolución señalando la insuficiencia de los antecedentes aportados y pondrá fin al procedimiento administrativo que se inició a partir de la consulta hecha por el proponente.

7. Contenido de fondo de la solicitud

En cuanto al fondo del contenido de esta solicitud administrativa, es evidente que la consulta de pertinencia que hace el proponente debe contener la petición de pronunciamiento que se hace a la autoridad ejecutiva ambiental, sobre si el proyecto o actividad o su modificación, debe o no someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, todo ello sobre la base de los antecedentes que el mismo proponente acompaña y que servirán de supuesto a la respuesta de la administración del Servicio de Evaluación Ambiental.

En su solicitud de consulta de pertinencia de ingreso, el titular podrá referirse a materias relacionadas con el posterior ingreso al SEIA de un proyecto nuevo que pretende ejecutar o al desarrollo de una nueva actividad que pretenda implementar.

También la consulta puede referirse a la posterior introducción de cambios o modificaciones a un proyecto o actividad, entendiendo por modificación de proyecto o actividad lo señalado en el artículo 2 letra g) del Reglamento del SEIA, esto es: "realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad, de modo tal que éste sufra cambios de consideración". En este caso, se trata de una modificación a un proyecto o actividad, que pretende realizar el proponente, sea que este proyecto o actividad cuente o no con resolución de calificación ambiental.

Lo indicado precedentemente constituye las dos únicas materias en las que el proponente debe basar la solicitud de consulta de pertinencia y no es posible usar este trámite o su resolución para otras finalidades como, por ejemplo, la solicitud en estudio no constituye un requisito previo para el otorgamiento de un permiso sectorial, así se ha resuelto por Contraloría General de la República al dictaminar que no procede que el Servicio Nacional de Pesca y Acuicultura exija a titulares de proyectos acuícolas que no requieran de una concesión o autorización de acuicultura, consulta de pertinencia de ingreso al SEIA para efectos de su inscripción en el Registro Nacional de Acuicultura[29] o para pretender establecer si un tercero (titular de un proyecto) ha cometido infracción a la normativa de ingreso de proyectos al SEIA.

[29] Contraloría General de la República (2020), dictamen n.° 8242.

Asimismo, la consulta de pertinencia o su respuesta, según sea el caso, no puede referirse ni puede contener, recomendación, indicación u opinión alguna respecto de la vía de ingreso al SEIA del proyecto o actividad, la elección de ella, sea elaborando un estudio de impacto ambiental o presentando una declaración de impacto ambiental, ya que tal decisión también corresponde, en primer lugar, al titular del proyecto, para lo cual, debe examinar el artículo 11 de la Ley n.° 193000 y artículos 5 al 10 del Reglamento del SEIA.

8. Presentación electrónica de la solicitud

Conforme con la Ley n.° 21180 sobre transformación digital del Estado que introdujo modificaciones en este sentido a la Ley n.° 19880 y, en especial, en cuanto a que todo procedimiento administrativo debe expresarse a través de los medios electrónicos establecidos por ley, salvo excepciones legales, la solicitud de consulta de pertinencia deberá presentarse por el proponente por medios electrónicos, la que se tramitará y se resolverá del mismo modo[30].

Esta presentación y su respuesta, además, constituyen insumos para alimentar el Sistema Electrónico de Consultas de Pertinencia del SEA (e-pertinencias) que se maneja en la página electrónica del Servicio de Evaluación Ambiental, que es un repositorio que alberga gran cantidad de consultas de pertinencias y sus respuestas.

III. Tramitación

El numeral 9 del instructivo que regula este trámite instruye la tramitación que debe dársele a la solicitud del proponente una vez ingresa al SEA[31].

Fundamentalmente la autoridad ambiental deberá evaluar su respuesta de acuerdo con las tipologías de proyectos o actividades que incluye el artículo 10 de la Ley n.° 19300 y especificadas en el artículo 3 del reglamento del SEIA, contrastándola con los antecedentes que ha acompañado el proponente a su solicitud.

Destaca dentro de esta tramitación el hecho de que la autoridad en forma previa a la respuesta a la consulta de pertinencia, está facultada para solicitar informes a uno o más órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental, informes que deben ser específicos y relativos a la materia

[30] Artículo 1 inciso 2 Ley n.° 19880 y los principios generales relativos a los medios electrónicos contenidos en la misma Ley n.° 19880, que establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

[31] Servicio de Evaluación Ambiental (2013), instructivo n.°131456.

respecto de la cual el órgano consultado tenga competencia. Estos informes de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 37, 37 bis y 38 de la Ley n.° 19880 son facultativos y no vinculantes para el SEA.

Resolución de la consulta de pertinencia

Cumplidos todos los trámites previstos en el Instructivo ya referido, el director regional o director ejecutivo del SEA, ante quien fue presentada la solicitud de consulta de pertinencia, deberá dar respuesta a ella, dictando el correspondiente acto administrativo en el que se pronuncia sobre la pertinencia de ingreso al SEIA hecha por el proponente. Esta resolución administrativa debe contener una decisión fundada sobre la pertinencia de ingreso consultada, tal como lo exige el artículo 41 de la Ley n.° 19880, pronunciamiento que se manifestará de forma completa, pura y simple y se expresará formalmente a través de una resolución que pondrá fin al procedimiento y decidirá la consulta planteada por el proponente en su solicitud, pronunciándose sobre si el proyecto o actividad consultado debe o no ingresar al SEIA.

Esta respuesta no tendrá un efecto vinculante y como analizaremos seguidamente, es solo una opinión de la autoridad del SEA, que responde la solicitud de pertinencia.

Tal como lo señala el artículo 26 del reglamento del SEIA y el Instructivo vigente, la respuesta a la consulta de pertinencia se resuelve con el mérito y sobre la base de los antecedentes proporcionados al efecto por el proponente, de modo que, si estos son incompletos, no son veraces o adolecen de cualquier otro defecto, la respuesta de la autoridad necesariamente reflejará y se referirá a esos antecedentes tenidos a la vista y aportados por el proponente. Dado lo anterior, es que normalmente el director regional o director ejecutivo del SEA, deja expresa constancia en su respuesta a la consulta de pertinencia que el pronunciamiento contenido en esa respuesta fue elaborado sobre la base de los antecedentes proporcionados por el proponente y la veracidad de estos es de su exclusiva responsabilidad.

La resolución de la consulta de pertinencia, deberá ser puesta en conocimiento del proponente mediante su respectiva notificación conforme lo señala el artículo 26 del Reglamento del SEIA, esta respuesta, además, debe ser comunicada a la Superintendencia del Medio Ambiente, para que según el mérito, ejerza su facultad prevista en los literales i), j) y k) del artículo 3 de su ley orgánica, en cuanto a requerir el ingreso del proyecto o modificación al SEIA, mediante la vía que corresponda, todo bajo apercibimiento de sanción y previo informe del SEA[32].

[32] Servicio de Evaluación Ambiental (2013), instructivo n.° 131456.

Por cierto, que dicha resolución debe indicar al final de ella los recursos que en contra la misma proceden, órgano administrativo o judicial ante el cual deben presentarse y el plazo para ejercitar esta actividad recursiva.

Finalización anormal del procedimiento

Como ya indicamos, la forma normal de terminación de esta consulta es la respuesta a la consulta de pertinencia emitida por la autoridad ambiental respectiva, sin embargo, existe la posibilidad de que este trámite pueda terminar en forma anticipada en el caso que esta consulta no se ajuste a las exigencias de forma y fondo ya señaladas y el proponente no haya presentado antecedentes adicionales o estos sean insuficientes a juicio de la autoridad[33].

Del mismo modo, si transcurren más de treinta días sin que el proponente haya dado respuesta a información adicional requerida por la autoridad ambiental, se declarará abandonado el procedimiento y se ordenará el archivo de los antecedentes, notificándose de ello al interesado, todo ello conforme lo dispone el artículo 43 de la Ley n.° 19880.

En todo caso, el procedimiento también podrá finalizar por desistimiento del interesado o renuncia a sus derechos, según lo dispone el artículo 41 de la misma Ley n.° 19880.

IV. Naturaleza jurídica de la respuesta a la consulta de pertinencia

Como señalamos la resolución suscrita por el director regional o director ejecutivo del SEA, en la que se pronuncia sobre la pertinencia consultada, constituye la expresión de este órgano al efecto.

Según la doctrina incluida en diversos dictámenes de la Contraloría General de la República y recogida en el instructivo n.° 131456 y su modificación introducida por el instructivo n.° 202299102452[34], este pronunciamiento de la autoridad ambiental, mediante la cual se da respuesta a la consulta de pertinencia:

> "constituye un acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 inciso 6 de la ley N° 19.880, que se traduce en una declaración de juicio, constancia o conocimiento, el cual, sobre la base de los antecedentes proporcionados por el proponente, da cuenta de una opi-

[33] Servicio de Evaluación Ambiental (2013), instructivo n.° 131456.

[34] Contraloría General de la República (2020), dictamen n.° 8242.

nión respecto de si la ejecución de un proyecto o actividad o su modificación, debe someterse de manera previa y obligatoria al SEIA".

La modificación reciente del Instructivo destaca:

"la resolución que se pronuncie sobre una consulta de pertinencia no otorga derechos, ni menos aún, autorización para ejecutar el proyecto o actividad sometido a consulta, por cuanto al tratarse de una declaración de juicio no modifica lo establecido en una Resolución de Calificación Ambiental. Por consiguiente, el acto administrativo que se pronuncia sobre una consulta de pertinencia no exime al proponente de cumplir con la normativa ambiental aplicable y la obtención de las autorizaciones sectoriales correspondientes necesaria para la ejecución del proyecto o actividad"[35].

Recalcando esta característica, la Corte Suprema en causa rol 10.477-2019, ya citada, señaló:

"[...] tratándose de una herramienta meramente informativa estructurada sobre la base de antecedentes que el proyectista aporta al Servicio, queda de manifiesto que, por un lado, el pronunciamiento que se puede obtener en sede administrativa no impide que, contrastados aquellos antecedentes con la realidad, el sentido de la decisión varíe y el proyecto se enfrente con la necesidad de ingresar al sistema de evaluación de impacto ambiental a través de los instrumentos que la ley proscribe, sea que ello se decida en sede administrativa o judicial [...]".

Esta respuesta de la autoridad de evaluación ambiental, en ningún caso, es una decisión destinada a calificar ambientalmente el proyecto o actividad o su modificación, cuestión que es de competencia exclusiva de la respectiva Comisión de Evaluación Regional, según el artículo 86 de la Ley n.° 19300 o del director ejecutivo del SEA, en el caso de proyectos o modificaciones a estos que tengan el carácter interregional, según lo dispuesto en los artículos 9 y 15 de la Ley n.° 19300.

Características de la resolución que se pronuncia sobre una consulta de pertinencia

a. Es un acto administrativo

Es decir, conforme al artículo 3 inciso 2 de la Ley n.° 19880, se trata de una decisión formal que emite un órgano de la Administración del Estado, en la cual se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potes-

[35] Servicio de Evaluación Ambiental (2022), oficio ordinario n° 202299102452.

tad pública y, por lo tanto, gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios.

b. Es una declaración de juicio

Es decir, son aquellas actuaciones que realizan órganos de la Administración del Estado en el ejercicio de sus competencias, por medio de las cuales expresan su punto de vista acerca de la materia sobre la cual se ha requerido su opinión[36].

c. No es vinculante

La resolución que resuelve la pertinencia hecha no es vinculante. Así lo menciona el dictamen n.° 8242-2020, que aplica el criterio contenido en anteriores dictámenes:

> "[...] sin que tal instrumento tenga carácter vinculante, por cuanto su respuesta no lo inhabilitada a modificarla posteriormente en caso que los documentos acompañados no se ajusten a la realidad"[37].

d. La respuesta a la consulta de pertinencia solo constituye una opinión de la autoridad

En efecto, la respuesta de la autoridad ambiental a la pertinencia solicitada es solo una opinión sobre si el proyecto o actividad debe o no ingresar al SEIA en forma posterior. Así se ha dicho que:

> "[...] No constituye una decisión destinada a calificar ambientalmente el respectivo proyecto o una modificación del mismo, aspecto que debe ser resuelto por la correspondiente Comisión de Evaluación del artículo 86 de la ley N° 19.300 o por el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, según el caso, en virtud de lo estatuido en los artículos 9 y 15 de la ley N° 19.300 sino solo un pronunciamiento sobre la pertinencia de que tal actividad sea sometida al procedimiento administrativo de evaluación de impacto ambiental"[38].

e. La respuesta no puede modificar, restringir o ampliar una resolución de calificación ambiental

Al respecto, la Contraloría General de la República en diversos dictámenes[39] ha señalado que en el caso de que la consulta de pertinencia se refiera a pro-

[36] Contraloría General de la República (2020), dictamen n.° 8242.

[37] *Ibid*.

[38] Contraloría General de la República (2012), dictamen n.° 75620 y Contraloría General de la República (2013), dictamen n.° 7620.

[39] Contraloría General de la República (2003), dictamen n.° 20477 y Contraloría General de la República (2012), dictamen n° 76260.

yectos o actividades que cuentan con Resolución de Calificación Ambiental, la respuesta de la autoridad no puede modificar, aclarar, restringir o ampliar la respectiva Resolución de Calificación Ambiental, lo que es lógico, pues la consulta de pertinencia no tiene esa finalidad y como ya señalamos es solo un pronunciamiento de la autoridad sobre si un determinado proyecto o actividad debe o no ingresar al SEIA.

f. Es impugnable mediante los recursos establecidos en la Ley n.° 19880

Dado que la respuesta a la pertinencia solicitada constituye un acto administrativo, ella puede ser impugnada mediante los recursos que la Ley n.° 19880 establece en los artículos 59 y 60, procediendo en contra de esta resolución el recurso de reposición, en el caso de que el pronunciamiento emane sea del director regional o del director ejecutivo del SEA, dentro del plazo de cinco días siguientes a su notificación y si la resolución fue dictada por algún director regional, procederá, además, el recurso jerárquico, cuestión que no es posible si el pronunciamiento emana del director ejecutivo del SEA al tratarse del jefe superior de un servicio público descentralizado[40]. Cabe agregar que respecto de la respuesta a la consulta de pertinencia no procede reclamar ante el Tribunal Ambiental respectivo, ya que ello no es materia de su competencia.

Conclusiones

La consulta de pertinencia de ingreso al SEIA nace en nuestro país sin ningún fundamento jurídico, para luego derivar en una regulación reglamentaria que emana del artículo 26 del Reglamento del SEIA y de instrucciones administrativas del Servicio de Evaluación Ambiental, pero la práctica ha demostrado que se requiere normar jurídicamente la institución para que pueda existir claridad en el proceso y en su valor jurídico y se puedan evitar usos no deseados de esta.

La consulta de pertinencia es un trámite voluntario que podría ser de utilidad a titulares de proyectos o actividades que tengan dudas sobre el ingreso al SEIA de su proyecto o actividad o de su modificación, para lo cual deben acompañar a su solicitud de pertinencia la mayor cantidad de antecedentes que le sea posible, para describir su respectivo proyecto o actividad y los efectos que producirá en el ambiente, siendo de su exclusiva responsabilidad la veracidad o extensión de estos antecedentes.

[40] Contraloría General de la República (2013), dictamen n.° 7620-2013 y Contraloría General de la República (2014), dictamen n.° 25269-2014.

La respuesta a la consulta de pertinencia emitida por el director regional o director ejecutivo del SEA, según sea el caso, es un pronunciamiento que se basará única y exclusivamente en los antecedentes que acompaña el proponente a su solicitud. Se trata de un acto de juicio de opinión del Servicio de Evaluación Ambiental y este pronunciamiento recaerá necesariamente sobre la base de los antecedentes aportados por el titular, pero no constituye de ningún modo una evaluación ambiental, ni otorga autorización de funcionamiento o tiene la virtud de modificar ninguna resolución de calificación ambiental, por lo que en caso que la respuesta sea que el proyecto no debe ingresar en forma obligatoria al SEIA, el proponente debe obtener sus correspondientes autorizaciones y permisos en la forma prevista en la legislación al efecto.

La respuesta a la consulta de pertinencia es un acto de juicio y no tiene el carácter vinculante, ni otorga ningún derecho al proponente en los casos en que esté claro que no se debe ingresar el proyecto al SEIA, este trámite puede contribuir a ralentizar el inicio del proyecto o el desarrollo de la actividad.

Desde el punto de vista práctico, la consulta de pertinencia al no encontrarse totalmente normada, es a nuestro juicio una institución sin un efecto útil del todo claro, ya que al no conferir ningún derecho al proponente, ni generar un efecto vinculante, hace cuestionable los beneficios de esta institución, pues al ser solo una opinión de la autoridad, emitida sobre la base a los antecedentes aportados por el propio titular, la consulta de pertinencia solo ayudará al titular, que simplemente busca tener un antecedente para tomar una decisión informada[41].

Con todo, dado que la elusión de ingreso al SEIA, en los casos en los que la evaluación ambiental es obligatoria, es una infracción que está sancionada en la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente y que, además, conlleva tiempo y costos, la consulta de pertinencia puede ser un trámite de utilidad para ayudar al titular a tomar la decisión de ingreso al SEIA y evitar caer en la elusión.

El pronunciamiento de la autoridad ambiental sobre una consulta de pertinencia efectuada por el proponente no obsta a las facultades de la Superintendencia del Medio Ambiente para que se requiera el ingreso del proyecto o actividad al SEIA, si de los antecedentes reales y efectivos del proyecto o actividad surge esta necesidad, estando facultada la Superintendencia del Medio Ambiente para efectuar este requerimiento de ingreso, previo informe del Servicio de Evaluación Ambiental.

[41] Moraga y Spoerer (2020).

Bibliografía

Bermúdez S., Jorge (2014): *Fundamentos de derecho ambiental* (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, segunda edición).

Carrasco Q., Edesio (2018): *Sistema de impacto ambiental. Análisis y resolución de casos* prácticos (Santiago: Ediciones DER).

Moraga S., Pilar y Spoerer R., Katia (2020): "Comentarios a la sentencia de Corte de Apelaciones de Antofagasta rol N° 3106-2019 y Corte Suprema rol n.° 36416-2019". Disponible en www.actualidadjuridicaambiental.com/jurisprudencia-al-dia-chile-evaluacion-de-impacto-ambiental-mineria/ [fecha de consulta: 14 de diciembre de 2022].

Uriarte R., Ana Lya y Insunza C., Ximena (2021): "Análisis de las consultas de pertinencias y el veto del proyecto pro Inversión". *Perspectivas CDA*, n.° 3, enero 2021. Disponible en https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_(3)_2021/index.html [fecha de consulta: 14 de diciembre de 2022].

Normas

Ley n.° 19300 (1994), sobre Bases Generales del Medio Ambiente, 9 de marzo de 1994.

Ley n.° 20417 (2010), que crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, 26 de enero de 2010.

Ley n.° 19425, que dispone que los concesionarios de obras que contemplen la explotación del subsuelo de bienes nacionales de uso público, 27 de noviembre de 1995.

Ley n.° 19473, que dispone someter a evaluación ambiental previa a los cotos de caza, 27 de septiembre de 1996.

Ley n.° 19880 (2003), sobre Bases De Los Procedimientos Administrativos Que Rigen Los Actos De Los Órganos De La Administración Del Estado, 29 de mayo de 2003.

Ley n.° 21180 (2019), sobre Transformación Digital del Estado, 11 de noviembre de 2019.

National Enviromental Policy Act, January 1, 1970.

Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (2013): decreto n.° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, 12 de agosto de 2013.

Jurisprudencia administrativa y judicial

Contraloría General de la República (2003): dictamen n.° 20477, 20 de mayo de 2003.

Contraloría General de la República (2012): dictamen n.° 75620, 5 de diciembre de 2012.

Contraloría General de la República (2012): dictamen n.° 76260, 7 de diciembre de 2012.

Contraloría General de la República (2013): dictamen n.° 7620, 1 de febrero de 2013.

Contraloría General de la República (2014): dictamen n.° 25269, 9 de abril de 2014.

Contraloría General de la República (2014): dictamen n.° 75903, 2 de octubre de 2014.

Contraloría General de la República (2015): dictamen n.° 463, 5 de enero de 2015.

Contraloría General de la República (2020): dictamen n.° 2731, 3 de febrero de 2020.

Contraloría General de la República (2020): dictamen n. ° 8242, 23 de abril de 2020.

Corte Suprema (2018): rol 15499-2018, Garín con DOM I. Municipalidad de Papudo, 24 de diciembre de 2018.

Corte Suprema (2018): rol 15500-2018, Junta de Vecinos Punta Puyai con Consorcio Punta Puyai S.A. y Promohabit, Prohabit Ltda., 24 de diciembre de 2018.

Corte Suprema (2018): rol 15501-2018, Marambio con Prohabit S.A. y Dirección de Obras I. Municipalidad de Papudo, 24 de diciembre de 2018.

Corte Suprema (2019): rol 10477-2019, Fundación Yarur Bascuñán con Sociedad Urbanizadora Reñaca Concón S.A, 5 de junio de 2019.

Corte Suprema (2022): rol 85952-2021. Vilches Iturrieta José María con Gallardo, Ban Julian, 24 de diciembre de 2018.

Segundo Tribunal Ambiental (2019): Hidroeléctrica Roblería SpA en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente, 15 de marzo de 2019.

Instructivos administrativos

Director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental (2013): oficio ordinario n.° 131456, 12 de septiembre de 2013.

Directora ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (2022): oficio ordinario n.° 202299102452, 30 de mayo de 2022.

ESTUDIOS Y ENSAYOS

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

REFERÉNDUM Y PROCESO CONSTITUYENTE: ¿EXTORSIÓN ELECTORAL O VETO CIUDADANO?

REFERENDUM AND CONSTITUTION-MAKING PROCESS: ELECTORAL EXTORSION OR CITIZENS VETO?

Sergio Verdugo[*]

Resumen: En septiembre del año 2022, la ciudadanía rechazó el texto constitucional propuesto por la Convención Constitucional chilena mediante el denominado "plebiscito de salida". Algunas críticas al diseño del proceso constituyente chileno se focalizaron en la necesidad de establecer un referéndum y en los problemas democráticos que dichos instrumentos pueden poseer. Como dichos instrumentos no gozan de mucha popularidad en parte de la literatura especializada, las críticas al "plebiscito de salida" pueden poseer alguna justificación teóricamente interesante. Este ensayo argumenta que el referéndum cumplió un papel relevante desde una perspectiva democrática al estimular a los constituyentes a acercarse al votante mediano y al castigarlos por no cumplir con dicho objetivo. El problema procedimental de la Convención Constitucional chilena no estuvo en el diseño del referéndum, sino que en un reglamento que impedía a los convencionales revisar las propuestas aprobadas para

[*] Profesor asistente, Escuela de Derecho, IE University, España. Profesor visitante, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Investigador del Centro de Justicia Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo. Doctor en Derecho, Universidad de Nueva York. Máster en Derecho, Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: sverdugor@udd.cl

Una versión previa del argumento central de este trabajo fue brevemente desarrollada en un ensayo publicado en inglés por la International Association of Constitutional Law-IACL, en respuesta a un comentario de Roberto Gargarella. Véase Verdugo (2022b) y Gargarella (2022d, 2022b). El ensayo original fue traducido al español por Rafael Rubio y publicado en el blog de la *Revista Derecho del Estado*, Colombia. Verdugo (2022c). El trabajo fue respondido por Roberto Gargarella y publicado por la IACL. Gargarella (2022c). El ensayo presentado para *Actualidad Jurídica* es una versión revisada y expandida de los argumentos que allí se discutieron. Agradezco a Rafael Rubio por la traducción, a los editores de la IACL y de la *Revista de Derecho del Estado* por la difusión y el trabajo editorial, y a Roberto Gargarella por un estimulante debate.

acercarse a las preferencias de la mayoría de la ciudadanía. El voto de los ciudadanos al final del proceso sirvió como contrapeso al trabajo de la Convención. Esta es, a juicio del autor, la función que mejor permite justificar la existencia de un referéndum.

Palabras claves: Convención Constitucional, referéndums, plebiscito de salida, proceso constituyente, Chile.

Abstract: In September 2022, Chilean citizens rejected the Constitutional Convention's proposal to replace the current Constitution with an "exit plebiscite". Some criticisms against the design of the Chilean constitution-making process focused on whether establishing a referendum was a good idea in the first place and whether the democratic problems of those instruments could take place in Chile. As mechanisms of direct democracy do not enjoy much popularity within part of the specialized literature, the criticisms against the Chilean referendum could have a persuasive justification. The author argues that the Chilean referendum fulfilled a relevant role from a democratic perspective. It stimulated constitution makers to attempt to align the norms they were proposing with the preferences of the median voter and served the role of punishing them for not ultimately fulfilling their purpose. The procedural problem of the Convention was not so much in the design of the voting procedure to confirm the constitutional proposal, but in those rules of procedure that prevented constitution makers from revising the norms previously approved that were going against the preferences of the majority. The citizen's veto power served as a check against the work of the Convention. This type of justification is a persuasive justification for the existence of a referendum in this type of setting.

Keywords: Constitutional Convention, referendums, exit plebiscite, constitution-making, Chile.

Introducción

El referéndum que tuvo lugar en septiembre del año 2022 (también denominado "plebiscito de salida") puso término al proceso constituyente liderado por la Convención Constitucional[1]. La ciudadanía rechazó la propuesta de la

[1] En adelante, utilizaré los términos 'referéndum' y 'plebiscito' de manera indistinta, pese a que varios autores suelen diferenciarlos.

Convención, por lo que la Constitución actualmente vigente no pudo ser reemplazada. El plebiscito cumplió un papel específico dentro de un proceso constituyente que tuvo varias etapas, incluyendo el acuerdo de noviembre del año 2019, las reformas constitucionales que materializaron y modificaron dicho acuerdo, el referéndum que determinó la necesidad de reemplazar la Constitución vigente mediante una convención constitucional completamente electa, y las elecciones de los miembros de dicha Convención. En este contexto, algunos autores objetaron la realización del plebiscito o, al menos, cuestionaron la necesidad de realizarlo. Uno de ellos, Roberto Gargarella, argumentó que algunos instrumentos de democracia directa pueden operar como "extorsiones electorales" donde los ciudadanos están obligados a aceptar aquello que rechazan para que se apruebe aquello que genuinamente desean[2].

Así, por ejemplo, si un votante está interesado en las normas del Estado regional, pero rechaza las normas del Estado plurinacional, deberá tomar una decisión siempre desfavorable para sus intereses y aceptar o rechazar una suerte de "paquete" donde no encontrará una solución óptima. Lo mismo ocurriría, por ejemplo, si un ciudadano está en contra de la cláusula que permite la interrupción voluntaria del embarazo y, al mismo tiempo, adhiere a la idea de terminar con la propiedad sobre los derechos que existen sobre las aguas. Los ciudadanos que se encuentran en esta posición serían innumerables y difíciles de identificar porque la existencia de alternativas binarias del referéndum impediría identificar sus genuinas preferencias, al mismo tiempo que a los ciudadanos les impediría tomar decisiones particulares en estas materias. En otras palabras, a ellos no le estará permitido opinar o votar por separado ambas partes del paquete, y deberían conformarse con una aprobación o rechazo total de un proyecto que comparte de manera puramente parcial. Por este motivo, y siguiendo el argumento de la extorsión electoral, los votantes del plebiscito de septiembre se habrían visto en la incómoda posición de ponderar la intensidad de sus preferencias asociadas al contenido que percibían respecto de la propuesta constitucional.

Este problema de extorsión electoral, aunque no es nuevo en la literatura, habría estado presente en el caso chileno y debiera, para Roberto Gargarella, invitarnos a pensar en el diseño de un proceso que reduzca el carác-

[2] Gargarella (2022d; 2022b; 2022c). Es importante tener presente que, sin perjuicio de lo sostenido en el blog del IACL, el libro de Roberto Gargarella discute la idea de la extorsión electoral en un contexto más amplio que no solamente se asocia con plebiscitos. El problema también tiene lugar tratándose de elecciones periódicas para elegir autoridades representativas. Véase el capítulo 8 de Gargarella (2022e). Joel Colón-Ríos recuerda este hecho como una crítica a la objeción de Roberto Gargarella, argumentando que los problemas de extorsión son inherentes al ejercicio de los derechos políticos, lo que volvería trivial la crítica del autor. Véase Colón-Ríos (2022).

ter extorsivo de este tipo de instrumentos. Situado dentro del trabajo más amplio del mismo autor, la idea de la extorsión electoral podría evitarse mediante la celebración de procesos políticos que impliquen una "conversación entre iguales", con instancias populares donde los ciudadanos puedan discutir y deliberar sobre sus demandas y preferencias en un proceso no elitista que opere de abajo hacia arriba[3]. No obstante, el tipo de proceso que Roberto Gargarella habría promovido en términos más abstractos con su tesis sobre la "conversación entre iguales" (no solamente para Chile), no era factible en nuestro país[4]. Hubo propuestas rechazadas que iban en una dirección similar[5], y Chile ya había experimentado con un proceso que buscaba reconciliar la importancia de invitar a los ciudadanos a deliberar materias constitucionales con la necesidad de impulsar un proceso institucional liderado por la Presidenta de la República[6]. No obstante, dicho proceso había fracasado[7], y la presión por convocar a elecciones para generar un órgano constituyente creció en el ámbito político. Ello puede haberse debido, en parte, a que los partidos prefirieron utilizar un sistema electoral que se asemejaba a los distritos y la fórmula que es aplicable para elegir la Cámara de Diputadas y Diputados, de modo de hacer más probable el aseguramiento de los escaños de dichos partidos en la Convención (aunque este objetivo fracasara más tarde)[8]. La idea de elegir una convención constitucional mediante un proceso de votación popular se convirtió en una condición esencial que las distintas izquierdas que participaron en la negociación constituyente exigieron. La alternativa de la denominada "convención mixta", impulsada por algunos sectores de la derecha, fue derrotada ampliamente en el denominado "plebiscito de entrada".

[3] Véase, en particular, Gargarella (2022e).

[4] Recordemos que el escepticismo de Roberto Gargarella contra los referéndums tiene un componente abstracto, aunque no absoluto. En su libro, indicó: "From this ideal point of view –that of a conversation among equals– the plebiscitary option […] is seen as the exception (one that must be strictly regulated in order to be acceptable), rather than as the rule. The referendums we have recently seen (from the Brexit vote in England to the referendum for the peace agreement in Colombia) seem to be, from this perspective, more indicative of the problem than a solution to it. Contemporary plebiscites are less 'conversations among equals' than the final blow of the gavel in a ceremony organized by a central power who knows how to leverage its increasingly vertical integration to its advantage when organizing the referendum". Gargarella (2022e), p. 14.

[5] Yo mismo propuse seguir el modelo irlandés consistente en convocar a una asamblea de ciudadanos electos por sorteo para discutir una agenda previamente definida por el Congreso.

[6] Para una descripción del proceso de Michelle Bachelet enfatizando su carácter deliberativo, véase Soto y Welp (2017).

[7] Véase Heiss (2018); Verdugo y Contesse (2018); Muñoz (2018).

[8] Alemparte (2020).

Por este motivo, la objeción de Roberto Gargarella en el contexto del caso chileno debe ser interpretada como una lección que el autor pretende extraer de un proceso fallido[9]. En su mejor versión, su objeción no debe ser interpretada, a mi juicio, como un llamado a desconocer el plebiscito o a criticar el diseño de un proceso constituyente *solamente* por la inclusión del referéndum confirmatorio de septiembre[10]. Sin perjuicio de ello, la objeción de Roberto Gargarella sí podría ser interpretada como un ataque a la justificación del plebiscito. Ello podría servir para identificar las debilidades del proceso que finalizó en septiembre, y para promover la no inclusión de un referéndum en otros procesos constituyentes que tengan lugar en el futuro, incluido el proceso chileno que tendrá lugar el año 2023. Se trataría de una lección importante para el derecho constitucional comparado, en tanto los referéndums son un arreglo institucional bastante común en procesos de cambio constitucional[11]. Una primera precisión, que es importante indicar, consiste en que los procesos constituyentes normalmente tienen lugar en condiciones no ideales[12]. Muchas veces, como ocurrió en Chile, las alternativas de diseño están limitadas por aquello que es políticamente factible, y ellas deben ser evaluadas de acuerdo con su contexto. Como lo explicaré, en el contexto en el que el plebiscito tuvo lugar, y atendidas las condiciones no ideales del proceso y de las dinámicas políticas poco representativas que se desarrollaron bajo el funcionamiento de la Convención Constitucional, el referéndum confirmatorio tiene una justificación robusta que no solamente es compatible con la democracia, sino que relevante para defender a la misma de defectos importantes del proceso que amenazaban con deteriorarla.

Aunque es posible compartir con Roberto Gargarella la idea de que los plebiscitos poseen problemas en abstracto[13] (sin perjuicio de que, después de todo, la literatura especializada es bastante más compleja[14]), de ello no se

[9] Ello es sin perjuicio de autor fuera partidario del "Apruebo" durante el tiempo de campaña, pese a sus reparos explícitos al contenido del texto. Gargarella (2022f).

[10] Véase una explicación del propio autor en Gargarella (2022c).

[11] De acuerdo con los datos recopilados por Elkins y Hudson (2019), actualizados hasta el año 2018, 69 de 194 constituciones han sido ratificadas mediante un referéndum confirmatorio.

[12] No es esperable que un proceso constituyente tenga lugar en condiciones ideales. Como indica Jon Elster (1995), una de las paradojas de los procesos constituyentes consiste justamente en la necesidad de diseñar un proceso que sea capaz de navegar de manera favorable en un contexto de crisis política, en circunstancias en que es la propia crisis política la que ha ocasionado la presión por el cambio constitucional. El gran desafío, entonces, es encontrar el modo factible (nunca ideal) para salir de condiciones no ideales ocasionadas por la crisis política.

[13] En otros trabajos, he identificado las limitaciones que estos instrumentos poseen. Véase, por ejemplo, una defensa del artículo 15 de la Constitución actualmente vigente, que restringe la utilización de instrumentos plebiscitarios, en Verdugo (2012).

[14] Véase, por ejemplo, Altman (2011).

sigue que los mismos carezcan de justificaciones suficientes en todo proceso. Argumentaré que el referéndum de septiembre cumplió una función democrática al operar como contrapeso frente a un órgano constituyente que, pese a ser socialmente representativo, fue ideológicamente desbalanceado[15] y propuso un texto que, en muchas partes críticas, fue lejano a las preferencias del votante mediano. El valor democrático del referéndum no se asocia (ni se debe asociar) con la posibilidad de sustituir a representantes de la ciudadanía para dar a conocer una supuesta voluntad general. Ello no es realmente una meta posible[16] y la misma es muchas veces anunciadas en referéndums abusivos donde líderes políticos invocan la autoridad del pueblo para avanzar en sus propias agendas políticas. Si bien el valor democrático del plebiscito no se manifiesta, entonces, en una suerte de voluntad positiva (sino en una preferencia negativa), ella permite que la ciudadanía desarrolle un poder de veto sobre aquellos paquetes que, a juicio de ella, ofrezca más desventajas que desventajas. La idea de utilizar los referéndums como mecanismos de control al poder (y no como mecanismos puramente legislativos o constituyentes) permite fortalecer el carácter democrático del proceso constituyente al estimular a los representantes a buscar al votante mediano y a castigarlos cuando el esfuerzo desplegado por ellos para ejercer una representación ideológica o sustantiva (contraria a la representación meramente simbólica o descriptiva[17]), fracasa[18].

En la sección II examinaré las causas por las cuales la propuesta de nueva Constitución fue rechazada, y ofreceré una explicación que parece plausible. Utilizaré una versión revisada de la teoría de Zachary Elkins y Alexander Hudson sobre las constituciones como *package deals* como punto de partida para comprender el éxito o rechazo que los procesos de cambio constitucional pueden tener durante la celebración de referéndums confirmatorios[19]. Luego, en la sección III situaré la crítica de la "extorsión electoral" en una breve revisión de las críticas a los plebiscitos, con el objetivo de identificar las condiciones bajo las cuales dicha objeción puede prosperar. Enseguida, en la sección IV explicaré el modo cómo el referéndum de septiembre produjo un efecto

[15] Véase la explicación que desarrollo en la sección V.

[16] En otro trabajo he desarrollado este punto con más profundidad. Véase Verdugo (2023).

[17] Sobre estas categorías, muy comunes en teoría política, véase Pitkin (1967).

[18] Como lo explicaré más adelante, el argumento que elaboro en este ensayo se relaciona con aquella línea de pensamiento que distingue los referéndums como sustitutos de la representación política, de aquellos que considera que los plebiscitos son defendibles cuando ellos permiten a la ciudadanía actuar como un contrapeso al poder. Esta perspectiva permite reducir el ámbito de acción permisible de los referéndums y justificar algunos de ellos con motivos más persuasivos y mejor situados. Véase, entre otros, a Trueblood (2022).

[19] Elkins and Hudson (2022).

moderador (aunque insuficiente) en los actores políticos relevantes del proceso, y la forma cómo este hecho puede contribuir a reducir la importancia de la crítica a los plebiscitos en el caso chileno. En la sección V explicaré las razones por las cuales el referéndum de septiembre cumplió una función de contrapeso, que es valiosa en una democracia, pero que no sustituye la representación política. Su valor democrático es genuino si entendemos a la democracia como un sistema donde las agendas políticas de los representantes no deben alejarse demasiado de las preferencias populares, que son compatibles con la idea de la competencia política. En la última sección explicaré el modo cómo los referéndums son defendibles normativamente cuando ellos se utilizan como contrapeso al poder político, y no como sustituto de las instituciones representativas. Esta noción es útil para distinguir los motivos (limitados) que justifican la utilización del plebiscito como instrumento de cierre de un proceso constituyente o de reforma constitucional, y no como expresión de una suerte de voluntad general sin contenidos precisos en el caso de los referéndums destinados a abrir un proceso constituyente. Mientras estos últimos importan una delegación imprecisa y ficticia de la voluntad democrática hacia los actores constituyentes, ellos pueden ser instrumentalizados con posterioridad mediante interpretaciones partisanas interesadas. Esto los acerca más a la función que líderes autoritarios y populistas esperan de los plebiscitos.

I. Explicando el resultado del referéndum de septiembre

Después de doce meses de funcionamiento, la Convención Constitucional chilena finalizó su borrador de nueva Constitución. La propuesta constitucional de la Convención fue sometida a un referéndum, en el cual 7 882 958 votantes (equivalentes al 61,86 % de los votos válidamente emitidos) eligieron la opción "rechazo". Probablemente debido a la obligatoriedad del voto, se trató de la participación política más alta jamás experimentada en Chile. Las causas del rechazo serán discutidas por académicos e intelectuales públicos por mucho tiempo. Las explicaciones posibles son variadas y tal vez contradictorias. Ellas oscilan entre la existencia de una campaña de desinformación (incluso, usando el lenguaje de las *fake news*)[20], la baja popularidad del presidente Gabriel Boric (el principal portavoz fáctico de la campaña a favor del

[20] Véase, por ejemplo, la explicación de Vergara (2022a; 2022b).

"Apruebo")[21], las equívocas señales políticas de los convencionales constituyentes[22], la baja credibilidad de una opción que reconoce errores implícitos al ofrecer "aprobar para reformar", la distancia entre algunos contenidos constitucionales críticos y las preferencias del votante mediano[23] o varias de las anteriores[24]. Cualquiera sea la explicación, la abultada ventaja del rechazo no debe dejar de llamar la atención, en particular si se considera que en el referéndum que tuvo lugar en el año 2020, la opción "Apruebo" (que adhiere a la idea de reemplazar la Constitución vigente) obtuvo el 78,27 % de los votos (5 885 384 votos). Por su parte, la opción favorable a que la tarea de redactar la nueva Constitución residiera en una convención constitucional completamente electa obtuvo el 78,99 % de los votos (5 645 412 votos). Con un apoyo inicial tan alto parecía sorprendente que la Convención Constitucional no lograra ofrecer un proyecto de nueva Constitución que lograra convocar, al menos, a la mitad de los votantes.

El resultado es todavía más sorprendente si se consideran las estadísticas en el ámbito comparado. Un estudio reciente de Zachary Elkins y Alexander Hudson muestra que solo once de ciento setenta y nueve plebiscitos han rechazado una propuesta de nueva Constitución[25]. En cambio, un 40 % de los referéndums que tienen lugar para revisar reformas constitucionales terminan en un rechazo del texto propuesto[26]. De acuerdo con el primer estudio, existe un 600 % más de probabilidades de que se apruebe una nueva Constitución a que se apruebe una reforma constitucional[27]. Si controlamos por factores como el tipo de sistema político y el nivel de democracia, los reemplazos constitucionales son un 150 % más probables de ser aprobados que las meras modificaciones o enmiendas constitucionales. El motivo por el cual las propuestas de reemplazo constitucional son más eficaces que los proyectos de reforma constitucional en el sentido de que es más fácil aprobarlos, puede obedecer a distintos factores. Una de las causas probables, respecto de la cual los autores del mismo estudio teorizan, se relacionan con la capacidad de dichos proyectos de vencer el *statu quo* debido a un efecto acumulativo de preferencias diversas que logran apoyos de numerosos grupos[28]. Como los reemplazos

[21] Esta es, en parte, la explicación de Gargarella (2022a).

[22] Véanse diferentes versiones de este argumento en la explicación de Bassa (2022) y de Atria (2022).

[23] Esta tesis es plausible si se comparan los estudios de opinión pública y las propuestas de norma. He analizado algunos datos en Verdugo (2022a; 2022d).

[24] Véase la explicación de Couso (2022).

[25] Elkins & Hudson (2022).

[26] Elkins & Hudson (2019).

[27] Elkins & Hudson (2022).

[28] *Ibid*.

constitucionales incluyen un número importante y diversos de materias, ellas suelen reflejar numerosos intereses y pactos que se presentan como un acuerdo político que es presentado en forma de "paquete" –aunque esta es la expresión que utilizo en este ensayo, es importante tener en cuenta que los autores utilizan la siguiente expresión en inglés: *package deal*. La idea del paquete indica que diversos grupos políticos y movimientos están disponibles para defender la parte o elementos de dicho paquete que más les interese. En otras palabras, si la Constitución es el resultado de una estrategia de acumulación de preferencias, por muy cuestionable que sea esta técnica constituyente[29], ella tendrá más posibilidades de obtener apoyos si es presentada como un paquete donde distintos sectores políticos poseen intereses que proteger y promover.

Esta idea no solo funciona como explicación del éxito o fracaso de los referéndums, sino que, también, como justificación normativa de aquellos acuerdos que resultan ser genuinamente inclusivos y transversales. La paradoja se plantea cuando la crítica de la extorsión electoral se conecta con la posibilidad de aprobar paquetes constitucionales inclusivos y apoyados transversalmente después de un proceso de negociación que incluyó las preferencias de amplios sectores sociales y políticos. Las contradicciones constitucionales (y los procesos extorsivos) son esperables, y ellas pueden ser vistas como el costo a pagar por tener una Constitución compatible con la existencia de una sociedad heterogénea que acuerda un modelo político y constitucional común. Como las Constituciones deben ser aceptadas de forma amplia, de manera que ellas puedan generar un marco para la competencia electoral y la discusión sobre las políticas a adoptar, se espera que todos los sectores puedan gobernar con ellas y que la rotación en el poder no genere un efecto traumático en el sistema democrático. Solo Constituciones aceptadas ampliamente pueden ser exitosas en esta función.

Un ejemplo de "paquete" exitoso lo podría ilustrar el caso sudafricano, donde los dos partidos más influyentes lograron reflejar preferencias fuertes en el contenido del acuerdo inicial, protegiendo los derechos de la minoría política y los derechos de propiedad a cambio del establecimiento de una democracia competitiva que también reconoce derechos sociales[30]. Por el contrario, las reformas constitucionales suelen focalizarse en materias más específicas, lo que explicaría la ausencia de numerosas preferencias capaces de captar apoyos diversos. Ello haría que las reformas constitucionales puedan ser más débiles

[29] Véase una crítica a esta estrategia en Gargarella (2018).

[30] Sobre el caso sudafricano, véase Varol (2014), pp. 435-436; Dixon & Ginsburg (2018), pp. 996, 1004. También, véase la idea de "derechos como bienes transables" en Dixon & Ginsburg (2011).

en términos políticos y más susceptibles de ser rechazadas al tener más probabilidades de ser asociadas con un sector político específico que las defiende de modo relativamente unilateral. Un ejemplo sería el proyecto de reforma constitucional que se discutió en Italia el año 2016, donde un 59,11 % de los votantes rechazó la propuesta promovida por el primer ministro, Matteo Renzi. Las diferencias entre los partidos terminaron por transformar el referéndum en una suerte de concurso de popularidad sobre Matteo Renzi[31]. Algo similar habría ocurrido en el proyecto de reforma constitucional promovido por los partidarios de Evo Morales en Bolivia el año 2016 para permitir su reelección, en un contexto en que la persona de Evo Morales había estado cuestionada[32]. El entonces presidente boliviano perdió el plebiscito por un 51,3 % de los votos[33]. En ambos casos, los referéndums no suscitaron apoyos transversales y fueron percibidos como proyectos específicos asociados a la defensa de intereses de sectores particulares.

La tesis de Zachary Elkins y Alexander Hudson parece plausible y, si bien la metodología de los autores no les permite defender (todavía) la existencia de un mecanismo causal preciso, la evidencia cuantitativa que presentan la hace coherente. No obstante, para comprender el modo cómo dicha teoría podría tener cabida en casos particulares, puede ser útil dejar de distinguir entre reforma y reemplazo como categorías excluyentes y cuantificables. Aunque ambos autores distinguen estas dos categorías porque necesitan cuantificar los referéndums de su base de datos y comparar los resultados de acuerdo con sus diferencias, las cuales, muchas veces, obedecen a una cuestión de forma: si el cambio constitucional se presenta como un reemplazo o como una reforma. En efecto, es posible que los cambios constitucionales que formalmente se presentan como *reformas* ofrezcan paquetes que obedezcan a las lógicas de intereses y apoyos que caracterizan a los *reemplazos*. Asimismo, un *reemplazo*, en términos formales, puede no obedecer a las lógicas del paquete cuando el mencionado reemplazo es una mera actualización del texto constitucional[34]. En otras palabras, si una reforma constitucional ofrece un "paquete" de medidas que distintos sectores son capaces de apoyar, entonces la misma puede lograr apoyos suficientes porque, en ese caso, puede operar con una lógica similar a la del "reemplazo". Es lo que ocurrió con

[31] Véase Pasquino & Valbruzzi (2017); Ceccarini & Bordignon (2017).

[32] Habrían influido en la elección acusaciones que incluyeron supuestos tráficos de influencia y la existencia de un hijo no reconocido, entre otras. Véase Welp y Lissidini (2016).

[33] Por supuesto, la historia no terminó acá. Evo Morales utilizaría al Tribunal Constitucional Plurinacional para declarar la inconstitucionalidad de los límites a la reelección. Véase Verdugo (2019); Nocera (2019); Grijalva y Castro-Montero (2020); Landau & Dixon (2020).

[34] Véanse algunos ejemplos en Garlicki & Garlicka-Sowers (2018).

la reforma constitucional argentina del año 1994. Dicha reforma implicó un intercambio político que autorizó la reelección del Presidente a cambio de una reducción de sus poderes, incluyendo modificaciones al Poder Judicial[35]. Luego, se agregó una serie de modificaciones adicionales que terminarían siendo ampliamente aprobadas por la Convención Constitucional argentina, que se reunió en esa época. Aunque en ese momento no hubo un referéndum, el elemento extorsivo de la reforma del año 1994 estuvo presente debido a la existencia de concesiones recíprocas acordadas por grupos rivales, lo que explica el éxito de la misma. Las alternativas habrían sido aprobar solamente las preferencias de un grupo (por ejemplo, el presidente Carlos Menem autorizando su propia reelección sin conceder la existencia de controles adicionales) o de no aprobar ninguna reforma (situación que no habría sido óptima para ninguno de los grupos negociadores).

Es posible encontrar otros ejemplos en Chile. La reforma constitucional del año 2005 interesaba apoyar tanto a sectores de derecha como de izquierda, en tanto la misma removía enclaves autoritarios que ya no estarían cumpliendo su función original, en un contexto en que la derecha se hacía electoralmente más competitiva[36]. Aunque dicha reforma no fue sometida a plebiscito, los apoyos sociales y políticos fueron transversales. Algo similar podría decirse de la reforma constitucional del año 1989, que favorecía tanto al gobierno saliente como a aquellos que habían ganado el plebiscito del 1988[37], y con la reforma constitucional que implementó las bases del acuerdo de noviembre del año 2019, modificación que incorporaba elementos que les interesaban a los distintos partidos que firmaron el acuerdo original[38]. Por el contrario, propuestas de reemplazo constitucional que pueden ser percibidas no como "paquetes" que puedan ser defendidas por intereses diversos y transversales, debieran acercarse más a la lógica de las reformas constitucionales percibidas como unilaterales o asociadas con proyectos políticos específicos, y tener más chances de ser derrotadas en un referéndum.

La tesis de Zachary Elkins y Alexander Hudson, con la modificación que sugiero en esta sección, es consistente con el hecho de que la propuesta constitucional ofrecida por la Convención Constitucional chilena fue percibida no como un paquete inclusivo de diferentes intereses transversales, sino que como un proyecto unilateral que, en el caso chileno, pudo solo acumular preferencias de las diversas izquierdas, fracasando como proyecto aceptado de

[35] Véase Finkel (2004; 2008); Negretto (2013); Brinks & Blass (2018).

[36] Sobre los motivos por los cuales distintos grupos políticos apoyaron esta reforma, véase Uggla (2005); Fuentes (2015); Fuentes Saavedra (2012).

[37] Véase el análisis de Heiss & Navia (2007).

[38] Véase Escudero (2021); Prieto & Verdugo (2021).

modo transversal en un contexto en que los sectores excluidos (desde la centro izquierda a la derecha) han sido electoralmente competitivos en los procesos electorales regulares. Esta explicación, que coincide con las razones que la teoría de Zachary Elkins y Alexander Hudson ofrece para explicar el éxito o fracaso de los plebiscitos en casos de procesos constituyentes, es la que parece más plausible. Y si ella es correcta, entonces los contenidos de la propuesta y el modo cómo ellos fueron comunicados, así como la manera en que las propuestas de la Convención fueron percibidas como excluyentes de un sector importante de la población, no pueden separarse del abultado resultado del rechazo. Esta explicación parece más plausible que otras que se enfocan solo en las campañas[39], y en los problemas comunicacionales o en los errores políticos de la Convención[40]. La misma es, también, compatible con aquellas explicaciones que se centran en el procedimiento.

En este contexto, el resultado del referéndum de septiembre puede ser considerado como un rechazo a una propuesta constitucional lejana a la idea del paquete transaccional que suele explicar el éxito de los procesos constituyentes que incluyen un plebiscito confirmatorio como etapa final. La ciudadanía habría utilizado su poder de veto para castigar a aquellos representantes que fracasaron en su búsqueda del votante mediano. Esto indicaría que, en lugar de ser considerada como un paquete transaccional, la propuesta fue percibida como un proyecto unilateral y excluyente. Esta explicación, que parece coherente con el marco teórico ofrecido por Zachary Elkins y Alexander Hudson (luego de mi corrección), también es consistente con aquellas encuestas que muestran una distancia importante entre contenidos críticos de la propuesta y las preferencias mayoritarias de la opinión pública.

II. Los problemas de los referéndums

Es posible que los referéndums posean el efecto extorsivo que describí en la introducción, citando a Roberto Gargarella. Ello es, tal vez, inevitable cuando dichos plebiscitos buscan confirmar paquetes que incluyen numerosas normas –cuestión común en aquellos referéndums confirmatorios de propuestas de reemplazo constitucional–. En ocasiones, el efecto extorsivo puede dañar a la democracia[41]. Como Rosalind Dixon ha observado estudiando el caso de Ecuador,

[39] Probablemente la versión más extendida de esta posición es la de Vergara (2022a; 2022b).

[40] Véase, por ejemplo, la explicación de Atria (2022).

[41] Existen, por supuesto, muchas escuelas de pensamiento asociadas a la idea de democracia. Para efectos de este ensayo, utilizo una idea más precisa muy común en derecho constitucional comparado: la idea del *mínimum core,* que permite identificar los elementos que hacen que la

es posible que las propuestas constitucionales incluyan un paquete que ofrece un pacto transaccional donde los ciudadanos adhieren a una agenda ambiciosa asociada a derechos (en particular, pero no exclusivamente, a derechos sociales) a cambio de empoderar o consolidar a una coalición política que aspira a volverse hegemónica y que utiliza el proceso constituyente para deteriorar las instituciones democráticas[42]. En el caso de la Constitución ofrecida por la asamblea constituyente de Ecuador, dentro del proceso político liderado por el expresidente Rafael Correa, los votantes decidieron aceptar el reconocimiento de derechos como un "soborno" (Rosalind Dixon utiliza la expresión en inglés *rights as bribes*) a cambio de entregarle poder al gobierno incumbente. La ciudadanía aprobó la nueva Constitución en un referéndum que tuvo lugar el año 2008 con un porcentaje cercano al 64 %, siguiendo la tendencia observada previamente en Venezuela (1999) y que luego existiría en Bolivia (2009)[43]. En este ejemplo, la extorsión electoral no puede ser justificada desde una perspectiva democrática porque el mecanismo de cambio constitucional tuvo una dimensión abusiva que tenía por objetivo erosionar el sistema democrático[44]. En otras palabras, no importa que se utilicen mecanismos que se suelen asociar a la democracia constitucional –como una asamblea constituyente– si dicho mecanismo se pone al servicio de una agenda que persigue dañar dicha democracia constitucional[45]. Es por esto que, en el ejemplo que sugiero en este párrafo, la idea de extorsión electoral está situada en un contexto que la vuelve intolerable desde una perspectiva democrática.

¿Es posible que en otros contextos y bajo otros diseños, la inevitable extorsión electoral pueda ser justificada bajo una perspectiva democrática?

Para entender los motivos por los cuales la respuesta a esta pregunta es positiva, es importante hacer algunas consideraciones previas. En primer lugar, la objeción de la extorsión electoral puede situarse en un debate acadé-

democracia sea sostenible en el tiempo, no solamente en términos de derechos básicos, sino que, también, en términos de competencia política y rotación en el poder. Véase Dixon y Landau (2016). Véase un ejemplo de este uso en Issacharoff (2015). Esta idea también puede asociarse con el trabajo de Przeworski (1991; 2010).

[42] Dixon (2018).

[43] El propio Roberto Gargarella es crítico de estos referéndums, en tanto ellos habrían sido útiles para consolidar el poder de los presidentes incumbentes: "We can reasonably ask ourselves if ratifying the referendums by popular vote ended up giving democratic legitimacy to the new constitutions, or whether they actually only strengthened presidential authority by asking the people to endorse packages that were already wrapped and sealed". Gargarella (2022e), pp. 243-44.

[44] Sobre la idea de constitucionalismo abusivo, véase Landau (2013); Landau & Dixon (2020); Dixon & Landau (2021).

[45] Vénase otros trabajos críticos sobre el proceso constituyente de Ecuador en Pizzolo (2007); Conaghan (2011); Wolff (2012); Conaghan (2016); Díaz de Valdés & Verdugo (2019).

mico más amplio que autores como Albert Weale han planteado ya en el pasado[46]. Muchos han identificado los problemas de la fijación de agenda de los referéndums y sus opciones binarias limitadas, los peligros de que los políticos afirmen que el resultado del plebiscito es la voluntad del pueblo, y la posibilidad de que estos instrumentos reduzcan la posibilidad de llevar a cabo grandes acuerdos entre partidos rivales. Por el contrario, dichos mecanismos pueden agudizar las diferencias, promover alternativas radicales y lejanas al votante mediano, mientras entrega elementos de apoyo para narrativas oportunistas que dirigentes políticos pueden desarrollar para argumentar que su agenda política se asocia mejor con una mayoría que es identificada con una voluntad estable y orgánica del "pueblo" que se resiste al cambio[47].

En segundo lugar, no es lo mismo establecer un plebiscito para abrir un proceso político y habilitar a un grupo de representantes para darle contenido a una decisión que aparece vaga al principio, como ocurrió con el referéndum del *Brexit* (un acrónimo utilizado para referirse al voto del Reino Unido por salir –*exit*– de la Unión Europea) y con el denominado "plebiscito de entrada" en Chile, donde el instrumento plebiscitario era incapaz de identificar los contenidos de la voluntad mayoritaria. El plebiscito solo entregaba alternativas binarias y opuestas. El caso del *Brexit* es ilustrativo. Los británicos fueron llamados a decidir si se mantenían en la Unión Europea (*Remain*) o si iniciaban un proceso de salida (*Leave*). Las alternativas intermedias que consistían en renegociar las condiciones del *Remain* o las condiciones por las cuales los británicos preferían salir de la Unión Europea, no existían. Tampoco podían existir, ya que un referéndum con más de dos alternativas puede no producir mayorías claras y dar lugar a los ciclos de Condorcet. En estas circunstancias, los británicos votaron sin conocer ni poder predecir cuáles serían las consecuencias futuras asociadas a la decisión de *Leave*. Los ciudadanos del Reino Unido estuvieron obligados a tolerar que sus representantes políticos acordaran condiciones futuras impredecibles, esperando (tal vez con algo de ingenuidad) que dichos representantes pudieran reducir o controlar los efectos adversos que dicha decisión podría producir en la población[48]. Por lo mismo, el voto del *Brexit* puede ser considerado como una suerte de "cheque en blan-

[46] Weale (2018).

[47] Por supuesto, los referéndums no son buenos instrumentos para medir algún tipo de voluntad estable, en tanto ella está condicionada por el momento político bajo el cual la ciudadanía es convocada a dar su opinión. Un buen ejemplo es el "plebiscito de entrada" chileno, donde casi un 80 % de los votantes rechazaron la idea de la comisión mixta en favor de una convención constitucional completamente electa. Luego de la experiencia fallida de dicha convención constitucional, las encuestas comenzaron a mostrar un fuerte cambio en las preferencias ciudadanas relativas al mecanismo que debía utilizarse para reemplazar la Constitución vigente.

[48] Véase una explicación de los problemas del *Brexit* en Dunin-Wasowicz (2017).

co". El principal problema es que la posición de *Leave* (a secas) se terminó consolidando en la narrativa populista de la derecha británica, lo que impidió organizar y negociar un paquete que pudiera ser aceptado transversalmente[49]. Por ello, el *Brexit* no fue útil para identificar una suerte de voluntad general, sino que para agudizar diferencias incrementando los costos de la decisión. Ello, por supuesto, implica alejarse del votante mediano.

Leah Trueblood observa algunos de estos problemas para explicar que el referéndum en el caso del *Brexit* no pudo genuinamente sustituir a la representación, o lo hacía de manera imperfecta. Esta función representativa de los plebiscitos es difícil, sino imposible, de cumplir sin la existencia de intérpretes de la voluntad general que se arrogan una representación monopólica del pueblo, lo que abre las puertas al populismo[50]. El problema no es solo el modo como se formula la pregunta, la identificación del momento para celebrar el referéndum y las distorsiones que genera el control de la agenda (problemas comunes identificados por la literatura). El principal riesgo, es que el plebiscito, en estas condiciones, se puede transformar en un instrumento democráticamente defectuoso. Como lo argumenta Richard Stacey en un artículo sobre la conexión entre el ideal de la soberanía popular y las posibilidades que los instrumentos plebiscitarios entregan como herramientas legitimadoras, los referéndums no son condición necesaria ni suficiente de la soberanía popular[51]. ¿Por qué insistimos, entonces, en utilizar estos instrumentos para tomar decisiones?

En tercer lugar, las críticas a los plebiscitos deben, también, distinguir si el contexto en cual dichos instrumentos se celebran es democrático o no, y si ellos permiten la existencia de una deliberación pública robusta, bien informada, donde hay libertad de expresión y campañas políticas que compiten en condiciones de razonable igualdad[52]. Es fácil advertir que los referéndums sostenidos en Turquía (2017) y Rusia (2020) para consolidar o expandir el poder de Recep Erdogan y Vladimir Putin no pasan un test democrático[53]. Menos fácil es advertir circunstancias donde otros líderes, en contextos aparentemente democráticos, utilizan el instrumento de los referéndums para eludir canales institucionales representativos que aseguran niveles de inclu-

[49] Véase, en especial, el argumento de Weale (2018) a propósito del *Brexit*.

[50] Trueblood (2022).

[51] Stacey (2022).

[52] Véase un mapa útil en el último libro editado por Albert & Stacey (2022).

[53] Véase el ilustrativo artículo de Fruhstorfer (2022). Algo similar se ha sostenido respecto del referéndum confirmatorio de la Constitución de 1980, celebrado bajo condiciones poco competitivas, donde el ejercicio de los derechos fundamentales estaba fuertemente restringido, no había espacio para el ejercicio genuino de los derechos políticos, y las instituciones electorales eran inexistentes u operaron de manera irregular o, al menos, sin *accountability*. Véase, entre otros, a Fuentes (2013).

sión relativamente amplios. El principal ejemplo es el de Charles de Gaulle en Francia, cuando decidió convocar a un plebiscito para modificar la Constitución con el objetivo de ser electo de manera directa por la ciudadanía, ganando más legitimidad que el Parlamento. La Constitución francesa exigía que la reforma constitucional fuera aprobada por el Parlamento, pero Charles de Gaulle decidió convocar a la ciudadanía de manera directa[54]. En este caso, pese a existir un contexto democrático, el referéndum fue celebrado con un alto costo para las instituciones representativas y para la función de control que la oposición debe cumplir en un sistema democrático.

En cuarto lugar, y como ya lo adelanté en una sección previa, es importante tener presente que la idea de extorsión electoral puede operar como consecuencia de la existencia de un acuerdo inclusivo y transversal donde diversos intereses estuvieron en juego para identificar una suerte de consenso traslapado (para usar una expresión rawlsiana conocida en teoría política). Los motivos que llevaron a que algún ciudadano pudiera percibir que sus intereses fueron considerados o escuchados de manera genuina, obedecen a que dicho consenso tuvo la necesidad de operar bajo un escenario de concesiones recíprocas inevitables cuando estamos en presencia de una sociedad heterogénea donde los desacuerdos políticos y morales se vuelven normales[55]. Las Constituciones, entonces, lejos de ser imposiciones unilaterales que contienen un conjunto de preferencias que solo un grupo homogéneo de personas puede aceptar, deben incluir normas suficientemente inclusivas y abiertas para que preferencias muchas veces opuestas puedan aceptar ser gobernadas bajo ellas. Solo de este modo la Constitución puede transformarse en un instrumento social y ampliamente aceptado (más que tolerado). Para que ello sea posible, lo que Roberto Gargarella llama "extorsión electoral" puede ser una ventaja legitimadora de un instrumento incluyente.

Volviendo al caso chileno, y respondiendo la pregunta sobre si la extorsión electoral incluida en el referéndum de septiembre puede derrotar (o no) a la justificación democrática que permite defender dicho plebiscito, sostengo que dicha respuesta solamente puede darse a cabalidad luego de entender las propiedades democráticas del mismo. Si dichas propiedades democráticas salvaguardan la existencia de instituciones representativas y permiten controlar al poder utilizando las preferencias de la mayoría, entonces habrá un argumento persuasivo para justificar el instrumento plebiscitario. Un ejemplo de ello lo podemos observar en el referéndum que tuvo lugar en Bolivia el año

[54] Ackerman (2019); Albert (2022).

[55] Esta idea, también llamada "la circunstancia de la política", es utilizada por filósofos como Jeremy Waldron, como un supuesto no ideal para poder construir una teoría política que tenga algún sentido de realidad. Véase, por ejemplo, Waldron (1999).

2016. El mencionado referéndum cumplió el objetivo de frustrar los planes de la coalición gobernante de reelegir a sus líderes al rechazar la propuesta de reforma constitucional que el gobierno del presidente Evo Morales promovía en esa época. Al votar en contra de la propuesta, la ciudadanía reforzó la idea de que la democracia requiere de competencia política y rotación en el poder, derrotando el argumento a favor de los derechos políticos de aquellos que se encuentran en una posición de abusar de su poder. Por supuesto, el gobierno de Evo Morales encontró una forma distinta para eludir la voluntad general y utilizó al Tribunal Constitucional Plurinacional para remover los límites a la elección[56]. Sin perjuicio de ello, y como lo han sostenido algunos autores, el plebiscito de 2016 es un buen ejemplo del modo cómo la ciudadanía puede transformarse en una defensora de un principio democrático relevante al controlar el poder del incumbente[57].

Para que esta perspectiva sea aceptada, por supuesto, es útil abandonar el ideal por el cual los referéndums deben ser sustitutos de la representación llamados a expresar una voluntad general positiva, precisa y con instrucciones claras. Los bolivianos no estaban definiendo el proyecto político que querían para Bolivia. Simplemente estaban en contra de que las autoridades incumbentes pudieran reelegirse. En cambio, las propiedades del plebiscito como contrapeso al poder de los representantes son más modestas, pero no por eso irrelevantes. Ellas son, primero, la posibilidad de que la existencia de este referéndum estimulara a los constituyentes para acercarse al votante mediano (fortaleciendo la representación de las ideas durante el proceso constituyente) y, segundo, la posibilidad de que la ciudadanía castigue la propuesta constitucional si ella fracasa en el objetivo de ser un "paquete" donde todos los sectores relevantes de la sociedad se puedan sentir incluidos. Las siguientes secciones examinan la plausibilidad de estas dos propiedades democráticas en el caso chileno. Si ellas se demuestran, entonces la acusación de la extorsión electoral se hace menos importante porque, de eliminarse el plebiscito en un ejercicio hipotético, el resultado del proceso constituyente habría sido menos democrático que mantener el *statu quo*.

III. El referéndum de septiembre como moderador de un proceso unilateral

Esta sección y la siguiente tienen por objetivo explicar el modo cómo el referéndum de septiembre fue útil para cumplir dos finalidades. Primero, el plebiscito sirvió como un instrumento de control para la Convención Constitu-

[56] Verdugo (2019).
[57] Welp y Lissidini (2016).

cional (cuestión a la que me referiré en la sección siguiente). En segundo lugar, el referéndum tuvo como objetivo condicionar las discusiones de la Convención Constitucional al estimular a sus miembros a alinear sus preferencias con las del votante mediano, de manera de reducir las razones para que la ciudadanía vetara el producto final[58].

Es posible argumentar que, como el plebiscito terminó con el rechazo del texto propuesto, entonces, el objetivo de alinear a los convencionales con las preferencias de la mayoría de los votantes fracasó. Después de todo, si las mencionadas preferencias hubieran estado reflejadas en la propuesta constitucional, entonces los ciudadanos no habrían rechazado la misma. No obstante, este fracaso es parcial, ya que todavía podemos encontrar señales en el proceso de elaboración de la Constitución de cómo la existencia de un referéndum incentivó a los convencionales constituyentes y a otros políticos relevantes a intentar no alejarse demasiado de las preferencias del votante mediano. Si esto es cierto, aunque imperfectamente cumplido, el segundo objetivo del plebiscito debería ser importante para la tesis de Roberto Gargarella, de fomentar una conversación entre iguales en un contexto no ideal donde las asambleas de ciudadanos no eran una posibilidad políticamente factible. En otras palabras, ilustrar el modo cómo el plebiscito habría influido en partes de la propuesta constitucional (o en las promesas hechas respecto del futuro del texto), es motivo suficiente como para defender la idea de que el referéndum cumplió un papel deliberativo que fortalece la dimensión representativa de la Convención Constitucional. Como se esperaba que el instrumento plebiscitario operara con voto obligatorio (a diferencia del "plebiscito de entrada" y de las elecciones de los convencionales), el llamado a acercarse al votante mediano debía contener la obligación de apartarse de aquellos grupos más radicales, pero con mayor capacidad de movilización en los procesos electorales que antecedieron al referéndum de septiembre, de manera de alinear el contenido de la propuesta de nueva Constitución con las preferencias de aquellos que suelen tener tasas de participación política más bajas.

De no haber existido el plebiscito de salida, manteniendo el resto del proceso igual, es plausible pensar que algunas normas y prácticas políticas habrían cambiado. Quizá el ejemplo más importante fue el acuerdo que ofrecieron los partidos oficialistas que formaban parte de la coalición gobernante encabezada por el presidente Gabriel Boric en caso de que ganara "Apruebo" (la campaña también fue denominada "Apruebo con reforma" o "Apruebo para reformar")[59]. De aprobarse la propuesta constitucional de la Convención,

[58] Algunos de los párrafos que siguen en esta sección, son una versión revisada de la traducción original escrita por Rafael Rubio.

[59] Piergentili *et al*. (2022).

dichos partidos prometieron modificar la misma para aclarar o explicar que la propuesta no era tan radical como habían sugerido sus críticos. Con ello, se esperaba reducir los costos de votar a favor de la propuesta al intentar alinear el contenido de la misma con las preferencias de una mayoría de votantes que pudiera darle la victoria a la opción del "Apruebo". Este acuerdo fue la respuesta de los partidos a aquellas encuestas que mostraban que probablemente ganaría el voto de "rechazo". En el acuerdo, suavizaron la idea de Estado plurinacional y de pluralismo jurídico –que no estaba bien evaluada en las encuestas–, aclararon que el sector privado iba a representar un papel significativo en la implementación de los derechos a la salud, educación y seguridad social –las encuestas habían sugerido que los chilenos apreciaban su derecho a elegir el proveedor– y promovieron el restablecimiento del estado de emergencia –que la propuesta había eliminado, pero que era necesario mantener si el gobierno pretendía seguir utilizando a las Fuerzas Armadas para enfrentar los serios problemas que se observan en la Araucanía.

Otro ejemplo fue el rechazo de la propia Convención a un conjunto de propuestas preparadas por la Comisión de Medio Ambiente, Derechos de la Naturaleza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico de la Convención, que considerada demasiado radical, incluso para los estándares progresistas que prevalecían en la mayoría de los propios convencionales constituyentes. Los miembros del grupo socialista votaron junto con los constituyentes de centroizquierda y de derecha, y fueron acusados de traicionar un acuerdo político previo con los miembros de los grupos de izquierda más radicales[60]. Uno de los socialistas explicó que la propuesta no cumplía con el "estándar que tenemos que ofrecerle a Chile"[61]. Podría decirse que el Comité había ido demasiado lejos porque no había miembros de perfil moderado que formaran parte de este organismo[62].

Otro ejemplo sería la inclusión de una norma que dispuso que el derecho a interrumpir el embarazo pudiera ser regulado y detallado por futuros legisladores. Este fue un intento de responder a quienes se quejaban de que la Convención iba a aprobar un derecho ilimitado al aborto[63]. La adición de la referencia al legislador tenía como objetivo aclarar a la gran mayoría de los chilenos, que tendían a ser más conservadores que la Convención en este tema, que la norma no era tan radical como habían sugerido los críticos[64].

[60] Pauta (2022).

[61] Plataforma Contexto (2022).

[62] Véase una explicación sobre los impulsos radicales de esta comisión en *El Mostrador* (2022).

[63] *La Tercera* (2022a).

[64] *Publimetro* (2022).

Finalmente, es posible discutir si la idea de realizar "plebiscitos intermedios" para votar propuestas específicas (aplicables a aquellas que no lograron la mayoría de dos tercios requerida) hubiera sido más atractiva. La mayoría de los miembros de la Convención querían celebrar esos plebiscitos, pero, dado que la idea violaba las reglas del proceso constituyente, y los miembros de la Convención eran conscientes de la necesidad de respetar las reglas, debían encontrar el modo de promover dichos mecanismos mostrando, al mismo tiempo, respeto por las normas de procedimiento. Así, acordaron pedir al Congreso que aprobara una reforma constitucional para autorizar esos "plebiscitos intermedios". Sin dicha reforma, los plebiscitos intermedios habrían sido ilícitos. En definitiva, el Congreso nunca aprobó esta enmienda y los plebiscitos intermedios nunca se llevaron a cabo. Como muchas críticas al proceso se estaban concentrando en la idea de que a la mayoría de los miembros de la Convención no les importaban las reglas procesales (de hecho, algunos miembros de la minoría estaban tratando de reunir suficientes firmas para presentar una denuncia ante la Corte Suprema) pedir autorización al Congreso tenía sentido. Si no hubiera existido el plebiscito de salida, la mayoría de los miembros de la Convención habrían tenido menos razones para mostrar que estaban respetando las reglas. Muchos habían utilizado la narrativa del poder constituyente para crear cierto grado de incertidumbre sobre el procedimiento[65], pero había límites para este tipo de comportamientos oportunistas. Los ciudadanos estaban observando y su opinión importaba porque iba a celebrarse el plebiscito de salida. El principal problema de los plebiscitos intermedios es que dañaba un proceso de construcción de consenso al elevar el riesgo moral de aquellos que podrían reunir mayorías más pequeñas y alejarse aún más de las preferencias del votante mediano (recuérdese que la Convención estaba políticamente desequilibrada)[66]. Hubo otras críticas a este tipo de plebiscitos (como el riesgo de que produjeran un documento inconsistente), pero el problema principal era la posibilidad de alentar comportamientos oportunistas que condicionaran las negociaciones constitucionales.

Resulta curioso, no obstante, el hecho de que los "plebiscitos intermedios" pudieran haber sido utilizados como un mecanismo para eludir el problema de la extorsión electoral. Aunque parece poco probable que Roberto Gargarella aceptara un mecanismo similar al de los plebiscitos intermedio (atendido el escepticismo que muestra en abstracto en contra de los procesos plebiscitarios), puede ser relevante observar que una de las justificaciones que los mencionados-plebiscitos intermedios tuvieron en el caso chileno, se relacionaban

[65] Prieto y Verdugo (2021).

[66] También, véase Altman (2021).

con la supuesta necesidad de utilizar a la ciudadanía para arbitrar conflictos y resolver desacuerdos en aquellas materias donde los constituyentes podrían haber fracasado. Esta idea hacía que los plebiscitos intermedios pudieran generar un problema de *accountability* similar al del *Brexit*, mecanismo impulsado por el gobierno de David Cameron para arbitrar diferencias aparentemente irreconciliables dentro del Partido Conservador. El principal problema, es que la existencia de esta posibilidad hace desaparecer la obligación de los representantes de continuar deliberando hasta encontrar un acuerdo genuino, incentivando comportamientos oportunistas que elevan los riesgos morales del proceso y perturban las negociaciones. Un problema similar podría haber ocurrido en Chile, eludiendo la extorsión electoral a cambio de renunciar al modo como las instituciones representativas debieran identificar las preferencias de la mayoría ciudadana y estimular la genuina deliberación.

De no haberse celebrado el plebiscito de salida, es posible que estas prácticas y propuestas hubieran terminado de otra manera. El compromiso de los partidos de izquierda no hubiera ocurrido, hubiera habido menos presión para rechazar las propuestas de la Comisión de Medio Ambiente y para añadir la cláusula que delegaba el desarrollo normativo del derecho al aborto a los futuros legisladores. Si esto es cierto (por supuesto, no es posible probar el contrafactual), entonces el plebiscito también influyó en las deliberaciones constitucionales de una manera que intentó moderar una convención políticamente desequilibrada para reflejar mejor las preferencias de los votantes.

IV. El referéndum de septiembre como contrapeso a una convención desequilibrada

Jon Elster ha sugerido que los procesos constituyentes pueden operar como un "reloj de arena" en términos de participación[67]. De acuerdo con esta idea, los procesos constituyentes deben comenzar por la parte superior y ancha del reloj, con mucha participación (elecciones, consultas, etc.). Deben seguir con poca participación y muchas negociaciones y deliberación de grupos pequeños durante la fase de la redacción, como ocurre con la parte intermedia y angosta del reloj. Y deben terminar con mucha participación, como ocurre con la parte inferior y ancha del reloj de arena (incluyendo un referéndum confirmatorio, campañas de información, etc.). La participación debiera ser alta e inclusiva, lejos de la captura de aquellos grupos más influyentes y/o mejor organizados y con más capacidad de movilización. No obstante, cuando la Convención Constitucional

[67] Elster (2009).

dictó sus reglamentos, ignoró tanto la idea del reloj de arena como el ideal de mantener una participación inclusiva y alta.

Comunicacionalmente, la Convención construyó una narrativa participativa, aunque los canales de participación que ella abrió estuvieron lejos de ser utilizados por una mayoría de votantes cercanos al mediano. Para las reglas elaboradas por la el órgano constituyente, el proceso debía contar con altos niveles de transparencia, la Convención debía sesionar en regiones (ser "itinerante"), los convencionales debían ir a sus distritos a participar de actividades con los ciudadanos, un sistema de iniciativas populares de norma y un proceso de consulta indígena debía tener lugar. Además, se convocó a un número importante de audiencias públicas, se celebraron reuniones en distintas partes del país, y la Convención intentó (aunque fracasó) realizar "plebiscitos intermedios" para resolver desacuerdos cuando una propuesta de norma no alcanzara los dos tercios para ser aprobada, pero reuniera más de tres quintos.

Sin perjuicio de lo anterior, los convencionales constituyentes no lograron ofrecer un proyecto constitucional que fuera ampliamente compartido por la ciudadanía. Aquellos que participaron de la Convención fueron representantes de grupos con preferencias más intensas, no existe un modo de saber el efecto real de las iniciativas populares, y la participación indígena en el proceso de consulta fue reducida[68]. La ciudadanía no fue, en esa etapa del proceso, un verdadero actor incidente (no podía serlo). Al mismo tiempo, las mayorías que la Convención logró construir para aprobar las diversas normas constitucionales estuvieron condicionadas por el modo como las izquierdas fueron capaces de llegar a acuerdos excluyendo a la centro-izquierda y a la derecha[69]. Es cierto que la existencia de escaños reservados para pueblos indígenas, la elección de ciento tres candidatos independientes (varios de los cuales compitieron en listas que no fueron organizadas por los partidos) y la paridad de género, hicieron que los convencionales constituyentes pudieran observar altos niveles de representación descriptiva –en el sentido de que las características sociales y físicas de los miembros de la Convención se asemejaban más al chileno promedio que las características que suelen observarse en otras instituciones representativas[70]. Sin perjuicio de ello, el órgano constituyente estaba desequilibrado en términos de representación ideológica o sustantiva, al menos comparado con las elecciones parlamentarias del año 2021. Una gran cantidad de independientes resultaron alinearse con agendas de izquierda, al igual que los miembros provenientes de los esca-

[68] Véase una crítica en Pérez (2022).

[69] Véase, por ejemplo, el modo cómo Fernando Atria describe la forma en que estos sectores fueron excluidos de las negociaciones. Atria (2022).

[70] Véase Aninat (2022). También, Le Foulon y Palanza (2021).

ños reservados para los pueblos indígenas[71]. Es posible que el contexto político haya sido desfavorable a la derecha (el presidente Sebastián Piñera se encontraba luchando contra los impopulares retiros previsionales pocos días antes de las elecciones[72]), pero un factor que no puede desconocerse es la existencia de listas de independientes en un contexto en que la ciudadanía se encontraba rechazando a los partidos políticos.

Un par de meses antes de que se cumpliera el plazo que ponía término al funcionamiento de la Convención, las encuestas comenzaron a mostrar que la ciudadanía podía convertirse en un jugador con veto constitucional. Si antes algunos convencionales podían estar confiados en que una gran mayoría de votantes apoyaría el texto que ellos propusieran, independientemente del contenido, las encuestas comenzaron a cambiar esa percepción. La opción "rechazo" se convertía en una realidad plausible. No obstante, ya era tarde para que la Convención revisara y moderara las normas aprobadas que estaban generando rechazo en amplios sectores de la población, sin perjuicio, por supuesto, de observar los limitados comportamientos de moderación que describí en la sección precedente. El procedimiento aprobado en el reglamento había rechazado ideas como la "circularidad" que promovía Sebastián Soto (que exigía revisar el texto aprobado cada vez que se agregara una norma nueva)[73], la posibilidad de que el texto final fuera votado como un documento único antes de que finalizara el trabajo del órgano constituyente (idea que había propuesto el entonces senador Andrés Allamand), o la instauración del sistema de "doble revisión" que tuvo lugar en el proceso colombiano[74]. Este tipo de estrategias podrían haber estimulado una negociación transversal a través de las distintas materias y podrían haber introducido elementos de moderación y de revisión para colaborar con la tarea de acercar las propuestas de los convencionales constituyentes a las preferencias del votante mediano. Estas ideas, rechazadas por la propia Convención al comenzar el proceso, fueron reemplazadas por un procedimiento que estimulaba la presentación de propuestas radicales por parte de comisiones que funcionaban con mayoría simple y que estaban controladas por aquellos convencionales que poseían preferencias más intensas respecto de las materias que se discutían en cada una de esas comisiones. La comisión armonizadora podría haber estado llamada a resolver algunos de estos problemas. No obstante, y contra las continuas recomendaciones de los expertos[75], el diseño de la comisión armonizadora obligó a la misma a comenzar a sesionar tarde, y ella careció de poderes su-

[71] En general, véase Fábrega (2022).
[72] Véase Poehls y Verdugo (2022).
[73] Véase, por ejemplo, Soto (2020).
[74] Verdugo (2020).
[75] *Ibid*.

ficientes como para transformarse en un actor que pudiera, efectivamente, corregir el borrador de nueva Constitución de manera significativa.

En este contexto, el referéndum podía operar, como lo había hecho en Bolivia en el año 2016, como un mecanismo de castigo frente a un grupo de convencionales constituyentes y a un proceso constituyente que había fracasado en proporcionar una genuina representación ideológica o substantiva[76]. El papel del plebiscito, entonces, no fue sustituir la representación, sino que impedir que un proceso no representativo pudiera ser impuesto en contra de la voluntad mayoritaria. De este modo, entonces, el referéndum de septiembre operó como un mecanismo de control. Ante el trágico dilema de mantener la Constitución actual o aceptar la nueva, en los términos en los que se les presentaba, la mayoría de los ciudadanos prefirieron que los políticos iniciaran otro proceso constituyente y cumplieran las promesas hechas por quienes hicieron campaña a favor del voto de "rechazo" invocando la idea de "por una nueva y buena constitución"[77], sin contar la pequeña minoría (probablemente alrededor del 20 %) que habría preferido mantener vigente la actual Constitución.

En cualquier escenario hipotético que permita remover referéndum de septiembre del proceso constituyente chileno (manteniendo constantes las otras etapas del proceso), la democracia chilena se encontraría en peores condiciones. En primer lugar, la propuesta podría haber sido aprobada sin los elementos de moderación y sin la promesa de "aprobar para reformar". Imagine la promulgación de una Constitución que solo comparte una ligera mayoría o, incluso, una minoría, de la población: fuertes incentivos para rechazar las reglas del juego democrático, presión permanente para enmiendas o reemplazos constitucionales, reclamos planteando problemas para la reinterpretación judicial de normas constitucionales especialmente controvertidas, y años de incertidumbre política en un contexto de crisis. La mayoría de los chilenos están hoy divididos sobre la Constitución vigente y sobre los contenidos constitucionales que prefieren promover, varios siguen teniendo la esperanza de que los partidos relevantes puedan acordar un reemplazo constitucional factible y razonable. Si el resultado del plebiscito de septiembre hubiera sido diferente, esa esperanza probablemente habría desaparecido.

Conclusiones

Leah Trueblood tenía razón al sugerir que los referéndums se usan mejor cuando ellos se consideran como un control del poder político, en lugar de tratarlos

[76] Véase Verdugo (2022a).

[77] *La Tercera* (2022b).

como sustitutivos de los representantes. Los ciudadanos rechazaron el producto de una convención políticamente desequilibrada con la que no estaban de acuerdo. Pero, como he mostrado en este trabajo, la virtud democrática que puede tener un plebiscito en esas condiciones no tiene por qué acabar ahí. Si el "plebiscito de salida" logró evitar que la Convención se desviara demasiado de las preferencias de los ciudadanos, entonces el mismo puede ser considerado como un mecanismo destinado a incentivar la aprobación de una propuesta constitucional más popular. Y eso no es un logro menor para un instrumento democrático. Si bien el referéndum no fue suficiente para asegurar esto debido al desequilibrio del órgano constituyente, el efecto moderador que produjo dentro de la Convención y en los líderes de la campaña del "Apruebo" es suficiente para afirmar que hay otra virtud democrática que los académicos que buscan las lecciones del caso chileno deben tener en cuenta. Pero solo podemos evaluar esta lección si observamos el proceso de una manera holística y no parcelada.

Bibliografía

Ackerman, Bruce (2019): *Revolutionary Constitutions. Charismatic Leadership and the Rule of Law* (London/Cambridge: Harvard University Press).

Albert, Richard (2022): "Discretionary Referendums in Constitutional Amendment", in Albert, Richard and Stacey, Richard (edited by), *The Limits and Legitimacy of Referendums* (New York: Oxford University Press).

Albert, Richard & Stacey, Richard (2022): *The Limits and Legitimacy of Referendums* (New York: Oxford University Press).

Alemparte, Benjamín (2020): "The Institutional Interest of Political Parties in Chile's Constitution-Making Process", *Int'l J. Const. L. Blog*. Disponible en www.iconnectblog.com/2020/11/the-institutional-interest-of-political-parties-in-chiles-constitution-making-process/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Altman, David (2011): *Direct Democracy Worldwide* (Cambridge: Cambridge University Press).

Altman, David (2021): "Plebiscitos Dirimentes", *The Clinic*. Disponible en www.theclinic.cl/2021/09/22/columna-de-david-altman-plebiscitos-dirimentes/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Aninat, Isabel (2022): "New Forms of Representation and the Failure of the Chilean Constitutional Convention". *Int'l J. Const. L. Blog*. Disponible en www.iconnectblog.com/2022/10/i-connect-symposium-on-the-chilean-constitutional-referendum–new-forms-of-representation-and-the-failure-of-the-chilean-constitutional-convention/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Atria, Fernando (2022): "El proceso constituyente y su futuro después del plebiscito". Disponible en www.lacasacomun.cl/post/el-proceso-constituyente-y-su-futuro-despu%C3%A9s-del-plebiscito [fecha de consulta: noviembre 2022].

Bassa, Jaime (2022): "Un proceso constituyente que no se detiene", *El Mostrador*. Disponible en www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2022/09/13/un-proceso-constituyente-que-no-se-detiene/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Brinks, Daniel M. & Blass, Abby (2018): *The DNA of Constitutional Justice in Latin America. Politics, Governance, and Judicial Design* (Cambridge: Cambridge University Press).

Ceccarini, Luigi & Bordignon, Fabio (2017): "Referendum on Renzi: The 2016 Vote on the Italian Constitutional Revision", *South European Society and Politics*, vol. 22, No. 3: pp. 281-302.

Colón-Ríos, Joel (2022): "Plebiscitos de salida y democracia", *IACL-AIDC Blog*. Disponible en https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/9/20/plebiscitos-de-salida-y-democracia [fecha de consulta: noviembre 2022].

Conaghan, Catherine M. (2011): "Ecuador. Rafael Correa and the Citizens' Revolution", in, Levitsky Steven & Roberts, Kenneth (edited by), *The Resurgence of the Latin American Left* (Baltimore: The John Hopkins University Press): pp. 260-282.

Conaghan, Catherine M. (2016): "Ecuador Under Correa", *Journal of Democracy*, vol. 27, issue 3: pp. 109-118. Disponible en https://doi.org/10.1353/jod.2016.0040 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Couso, Javier (2022): "Making Sense of Chile's Failed Constituent Process", *Int'l J. Const. L. Blog*. Disponible en www.iconnectblog.com/2022/10/i-connect-symposium-on-the-chilean-constitutional-referendum-making-sense-of-chiles-failed-constituent-process%ef%bf%bc/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Díaz de Valdés, José M. & Verdugo, Sergio (2019): "The ALBA Constitutional Project and Political Representation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, No. 2: pp. 479-488.

Dixon, Rosalind (2018): "Constitutional Rights as Bribes", *Connecticut Law Review*, vol. 50, No. 3: pp. 767-818.

Dixon, Rosalind & Ginsburg, Tom (2011): "The South African Constitutional Court and Socio-Economic Rights as 'Insurance Swaps'", *Constitutional Court Review*, vol. 4, No. 1: pp. 1-29.

Dixon, Rosalind & Ginsburg, Tom (2018): "The Forms and Limits of Constitutions as Political Insurance", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, No. 4: pp. 988-1012.

Dixon, Rosalind & Landau, David (2016): "Competitive Democracy and the Constitutional Minimum Core", in Ginsburg, Tom & Huq, Aziz Z. (edited by), *Assessing Constitutional Performance* (New York: Cambridge University Press): pp. 268-292.

Dixon, Rosalind & Landau, David (2021): *Abusive Constitutional Borrowing: Legal Globalization and the Subversion of Liberal Democracy* (New York: Oxford University Press).

Dunin-Wasowicz, Roch (2017): "The Brexit Referendum Question Was Flawed in Its Design", *LSE Blogs*. Disponible en https://blogs.lse.ac.uk/brexit/2017/05/17/the-brexit-referendum-question-was-flawed-in-its-design/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Elkins, Zachary & Hudson, Alexander (2019): "The Constitutional Referendum in Historical Perspective", in Landau David & Lerner Hanna, *Comparative Constitution Making* (Cheltenham/ Massachusetts: Edward Elgar Publishing): pp. 142-164.

Elkins, Zachary & Hudson, Alexander (2022): "The Strange Case of the Package Deal: Amendments and Replacements in Constitutional Reform", in Stacey, Richard &Albert, Richard, *The Limits and Legitimacy of Referendums* (New York: Oxford University Press).

Elster, Jon (1995): "Forces and Mechanisms in the Constitution-Making Process", *Duke Law Journal*, vol. 45: pp. 364-396.

Elster, Jon (2009): "Legislatures as Constituent Assemblies", in Bauman, Richard W. & Kahana, Tsvi (edited by), *The Least Examined Branch The Role of Legislatures in the Constitutional State* (Cambridge University Press).

Escudero, María Cristina (2021): "Making a Constituent Assembly in Chile: The Shifting Costs of Opposing Change", *Bulletin of Latin American Research*, vol. 41, No. 4: pp. 641-656.

Fábrega, Jorge (2022): "Ordenamiento ideológico en la Convención Constitucional chilena". *Revista de Ciencia Política*, vol. 42, n.° 1, pp. 127-151. Disponible en https://doi.org/10.4067/s0718-090x2022005000106 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Finkel, Jodi (2004): "Judicial Reform in Argentina in the 1990s: How Electoral Incentives Shape Institutional Change", *Latin American Research Review*, vol. 39, No. 3: pp. 56-80.

Finkel, Jodi (2008): *Judicial Reform as Political Insurance. Argentina, Peru, and Mexico in the 1990s* (Notre Dame: University of Notre Dame Press).

Fruhstorfer, Anna (2022): "Referendums and Autocratization. Explaining Constitutional Referendums in the Post-Soviet Space", in Albert, Richard & Stacey, Richard (edited by), *The Limits and Legitimacy of Referendums* (New York: Oxford University Press).

Fuentes, Claudio (2013): *El fraude* (Santiago: Hueders).

Fuentes, Claudio (2015): "Shifting the Status Quo: Constitutional Reforms in Chile", *Latin American Politics and Society*, vol. 57, No. 1: pp. 99-122.

Fuentes Saavedra, Claudio (2012): *El pacto* (Santiago: Universidad Diego Portales).

Gargarella, Roberto (2018): "Constitution Making in the Context of Plural Societies. The 'Accumulation Strategy'", in Elster, Jon; Gargarella, Roberto; Naresh, Vatsal

& Rasch Biørn Erik, *Constituent Assemblies* (Cambridge: Cambridge University Press).

Gargarella, Roberto (2022a): "Chile, después del plebiscito: el sí a una nueva Constitución", *Clarín*. Disponible en www.clarin.com/opinion/chile-despues-plebiscito-nueva-constitucion_0_TuM21Yiv3W.html [fecha de consulta: noviembre 2022].

Gargarella, Roberto (2022b): "El 'plebiscito de salida' como error constituyente". *IACL-AIDC Blog*. Disponible en https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/9/6/plebiscito-salida-error-constituyente [fecha de consulta: noviembre 2022].

Gargarella, Roberto (2022c): "Para continuar con el diálogo sobre el 'plebiscito de salida' chileno", *IACL-AIDC Blog*. Disponible en https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/10/11/para-continuar-con-el-dilogo-sobre-el-plebiscito-de-salida-chileno [fecha de consulta: noviembre 2022].

Gargarella, Roberto (2022d): "Rejection of the New Chilean Constitution: Some Reflections." *Oxford Human Rights Hub*. Disponible en https://ohrh.law.ox.ac.uk/rejection-of-the-new-chilean-constitution-some-reflections/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Gargarella, Roberto (2022e): *The Law As a Conversation among Equals* (Cambridge/New York: Cambridge University Press).

Gargarella, Roberto (2022f): "El proyecto de dejar atrás la 'Constitución de Pinochet'", *La Nación*, 16 de julio. Disponible en www.lanacion.com.ar/opinion/el-proyecto-de-dejar-atras-la-constitucion-de-pinochet-nid1607 2022/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Garlicki, Lech and Garlicka-Sowers, Zofia A. (2018): "Unconstitutional Constitutional Amendments", *ICL Journal* vol. 12, No. 3: pp. 307-317. Disponible en https://doi.org/10.1515/icl-2018-0039 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Grijalva Jiménez, Agustín y Castro-Montero, José-Luis (2020): "La reelección presidencial indefinida en Venezuela, Nicaragua, Ecuador y Bolivia", *Estudios Constitucionales*, vol. 18, No. 1: pp. 9-49.

Heiss, Claudia (2018): "Participación política y elaboración constitucional: el caso de Chile", *Derecho y Crítica Social*, n.° 4-1: pp. 115-38.

Heiss, Claudia & Navia, Patricio (2007): "You Win, You Lose Some: Constitutional Reforms in Chile's Transition to Democracy", *Latin American Politics and Society*, vol. 49, No. 3: pp. 163-190.

Issacharoff, Samuel (2015): *Fragile Democracies. Contested Power in the Era of Constitutional Courts* (New York: Cambridge University Press).

Landau, David (2013): "Abusive Constitutionalism", *UC Davis Law Review*, vol. 47: pp. 189-260.

Landau, David & Dixon Rosalind (2020): "Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy", *UC Davis Law Review,* vol. 53: pp. 1313-1387.

Le Foulon, Carmen y Palanza, Valeria (2021): "Elecciones a la Convención Constituyente: innovación y renovación", *Puntos de Referencia*, n.° 580. Disponible en

www.cepchile.cl/wp-content/uploads/2022/09/pder580_ clefoulon_vpalanza.pdf [fecha de consulta: 8 de febrero de 2023].

Muñoz, Fernando (2018): "Crítica del imaginario histórico del proceso constituyente de Bachelet", *Derecho y Crítica Social*, n.º 4-1: pp. 149-58.

Negretto, Gabriel (2013): *Making Constitutions. Presidents, Parties, and Institutional Choice in Latin America* (New York: Cambridge University Press).

Nocera, Laura Alessandra (2019): "Contradicciones constitucionales: el Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano y la reelección de morales. ¿Una práctica de abusivismo?", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, vol. 23, No. 2: pp. 491-506.

Pasquino, Gianfranco & Valbruzzi, Marco (2017): "Italy Says No: The 2016 Constitutional Referendum and Its Consequences", *Journal of Modern Italian Studies*, vol. 22, No. 2: pp. 145-162.

Pérez, Guillermo (2022): "The Illusion of Indigenous Representation", *Int'l J. Const. L. Blog*. Disponible en www.iconnectblog.com/2022/09/the-illusion-of-indigenous-representation/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Piergentili, Natalia *et al*. (2022): "Unidos y unidas para aprobar una nueva Constitución". Disponible en https://media.elmostrador.cl/2022/08/acuerdo-oficialismo-nueva-constitucion.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Pitkin, Hanna (1967): *The Concept of Representation* (Berkeley: University of California Press).

Pizzolo, Calogero (2007): "Populismo y rupturas constitucionales. Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador", *Estudios Constitucionales*, vol. 5, No. 1: pp. 371-394.

Poehls, Marianne y Verdugo, Sergio (2022): "auge y caída de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021". *Anuario de Derecho Público UDP*: pp. 263-288.

Prieto, Marcela & Verdugo, Sergio (2021): "How Political Narratives Affect the Self-Enforcing Nature of Interim Constitutions", *Hague Journal on the Rule of Law*, vol. 13: pp. 265-293.

Przeworski, Adam (1991): *Democracy and the Market* (New York: Cambridge University Press).

Przeworski, Adam (2010): *Democracy and the Limits of Self-Government* (New York: Cambridge University Press).

Soto, Francisco y Welp, Yanina (2017): *Los "diálogos ciudadanos": Chile ante el giro deliberativo* (Santiago: LOM Ediciones, Colección Ciencias Sociales y Humanas Política, primera edición).

Soto Velasco, Sebastián (2020): *La hora de la Re-Constitución* (Santiago: Ediciones UC).

Stacey, Richard (2022): "The Unnecesary Referendum: Popular Sovereignty in the Constitutional Interregnum", in Albert, Richard & Stacey, Richard (edited by), *The Limits and Legitimacy of Referendums* (New York: Oxford University Press).

Trueblood, Leah (2022): "Brexit and Two Roles for Referendums in the United Kingdom", in Albert Richard & Stacey Richard, *The Limits and Legitimacy of Referendums* (New York: Oxford University Press).

Uggla, Fredrik (2005): "'For a Few Senators More'? Negotiating Constitutional Changes During Chile's Transition To Democracy", *Latin American Politics and Society*, vol. 47, No. 2: pp. 51-75.

Varol, Ozan O. (2014): "Temporary Constitutions", *California Law Review*, vol. 102: pp. 409-464.

Verdugo, Sergio (2012): "Problemas del plebiscito como instrumento democrático y como decisor de políticas públicas", *Actualidad Jurídica*, n.° 25: pp. 257-282.

Verdugo, Sergio (2019): "The Fall of the Constitution's Political Insurance. How the Morales Regime Broke the Insurance of the 2009 Bolivian Constitution", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 17, No. 4: pp. 1098-1124.

Verdugo, Sergio (2020): "Algunos criterios para el reglamento de la Convención", *Horizontal*. Disponible en https://horizontalchile.cl/assets/uploads/2022/03/CRC.pdf [fecha de consulta: 8 de febrero de 2023].

Verdugo, Sergio (2022a): "El poder constituyente impopular", *Actualidad Jurídica* n.° 46: pp. 207-246.

Verdugo, Sergio (2022b): "On the Democratic (but Limited) Virtues of the Chilean Exit Referendum", *IACL-AIDC Blog*. Disponible en https://blog-iacl-aidc.org/new-blog-3/2022/10/4/on-the-democratic-but-limited-virtues-of-the-chilean-exit-referendum [fecha de consulta: noviembre 2022].

Verdugo, Sergio (2022c): "Sobre las (limitadas) virtudes democráticas del plebiscito de salida de Chile". Traducido por Rafael Rubio. *Blog Revista Derecho del Estado*. Disponible en https://blogrevistaderechoestado.uexternado.edu.co/2022/11/04/sobre-las-limitadas-virtudes-democraticas-del-plebiscito-de-salida-de-chile/ [fcha de consulta: noviembre 2022].

Verdugo, Sergio (2022d): "The Paradox of Constitution-Making in Democratic Settings. A Tradeoff between Party Renewal and Political Representation?", *Int'l J. Const. L. Blog*. Disponible en www.iconnectblog.com/2022/ 09/i-connect-symposium-on-the-chilean-constitutional-referendum-the-paradox-of-constitution-making-in-democratic-settings-a-tradeoff-between-party-renewal-and-political-representation/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Verdugo, Sergio (2023): "Is It Time to Abandon the Theory of Constituent Power?", *International Journal of Constitutional Law* forthcoming.

Verdugo, Sergio y Contesse Jorge (2018): "Auge y caída de un proceso constituyente: lecciones del experimento chileno y del fracaso del proyecto de Bachelet", *Derecho y Crítica Social* n.° 4-1: pp. 139-148.

Vergara, Camila (2022a): "Chile's Rejection", *The New Left Review*. Disponible en https://newleftreview.org/sidecar/posts/chiles-rejection [fecha de consulta: noviembre 2022].

Vergara, Camila (2022b): "The Oligarchic Takeover of the Constituent Process", *NACLA Report on the Americas*, vol. 54, issue 4: pp. 453-457.

Waldron, Jeremy (1999): *Law and Disagreement* (New York: Oxford University Press).

Weale, Albert (2018): *The Will of the People. A Modern Myth* (Cambridge: Polity Press).

Welp, Yanina y Lissidini, Alicia (2016): "Democracia directa, poder y contrapoder", *Revista de Estudios Bolivianos,* vol. 22: pp. 161-190.

Wolff, Jonas (2012): "New Constitutions and the Transformation of Democracy in Bolivia and Ecuador", in Nolte, Detlef and Schilling-Vacaflor, Almut (edited by), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices* (New York: Routledge): pp. 183-202.

Otros documentos

El Mostrador (2022): "Medio ambiente y modelo económico: el diálogo imposible de una comisión en problemas". Disponible en www.elmostrador.cl/destacado/2022/03/29/comision-de-medio-ambiente-y-modelo-economico-el-dialogo-imposible/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

La Tercera (2022a): "Convención aprueba dejar en manos de la ley los detalles para regular el derecho al aborto". Disponible en www.latercera.com/politica/noticia/ convencion-aprueba-dejar-en-manos-de-la-ley-los-detalles-para-regular-el-derecho-al-aborto/LG7D5WV6JREJ7EE7USOXSEAKKU/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

La Tercera (2022b): "La propuesta transversal para una nueva Constitución". Disponible en www.latercera.com/la-tercera-sabado/noticia/la-propuesta-transversal-para-una-nueva-constitucion/DACE5PARRJBY7BA35UQTMXRSY4 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Pauta (2022): "Pleno de la Convención vuelve a rechazar un informe de la Comisión de Medio Ambiente". Disponible en www.pauta.cl/politica/pleno-convencion-constitucional-nuevamente-rechaza-informe-medio-ambiente [fecha de consulta: noviembre 2022].

Plataforma Contexto (2022): "Pleno de la Convención rechaza el segundo informe de la Comisión de Medio Ambiente". Disponible en https://plataformacontexto.cl/contexto_factual/pleno-de-la-convencion-rechaza-el-segundo-informe-de-la-comision-de-medio-ambiente/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

Publimetro (2022): "Convención suma el derecho al aborto al borrador de la Constitución: la regulación estará en manos de la ley". Disponible en www.publimetro.cl/noticias/2022/05/05/convencion-suma-el-derecho-al-aborto-al-borrador-de-la-constitucion-la-regulacion-estara-en-manos-de-la-ley/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

UNA CRÍTICA A LA "NUEVA" GENERACIÓN DE "DERECHOS HUMANOS": ¿SON DERECHOS?, ¿SON HUMANOS?

A CRITICISM OF THE "NEW" GENERATION OF "HUMAN RIGHTS": ARE THEY RIGHTS? ARE THEY HUMAN?

Julio Alvear Téllez[*]

Resumen: el lenguaje de los derechos humanos se ha extendido en los últimos años a cuatro nuevas categorías: los denominados derechos de identidad individual ("derechos sexuales y reproductivos" / derechos "de género", etc.), derechos de identidad cultural (particularmente los derechos de los "pueblos indígenas"), derechos de los animales y de la naturaleza, y los derechos transhumanos. En este artículo estudiamos la filosofía deshumanizadora que inspira a las dos primeras categorías, arropadas de forma ilegítima bajo la lógica de la no discriminación.

Palabras claves: derechos humanos, nuevos derechos, derechos sexuales y reproductivos, identidad de género, derechos de los pueblos indígenas.

Abstract: the language of human rights has been extended in recent years to four new categories: the so-called individual identity rights ("sexual and reproductive rights" / "gender" rights, etc.), cultural identity rights (particularly the rights of "indigenous peoples"), animal and nature rights, and transhuman rights. This article studies the dehumanizing philosophy that inspires the first two categories, illegitimately wrapped under the logic of non-discrimination.

Keywords: human rights, new rights, sexual and reproductive rights, gender identity, rights of indigenous peoples.

[*] Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor titular de Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: jalvear@udd.cl

I. Antecedentes

El panorama actual de los derechos humanos puede enfocarse desde variadas perspectivas. La conocida clasificación de las generaciones de derechos parece un buen punto de partida para examinarlos en una visión de conjunto, deteniéndose, en particular, en las últimas tendencias, en los "nuevos" derechos o generación de derechos.

Los manuales al uso del constitucionalismo clásico los agrupan en de primera, segunda y tercera generación, siguiendo el criterio de su evolución histórica[1]. Sin embargo, los problemas conceptuales se presentan desde el inicio. Los de primera generación incluyen dos especies: los "derechos civiles", que buscan proteger las libertades individuales, limitando el ejercicio del poder estatal y los "derechos políticos", que garantizan la participación política de los ciudadanos en la gestión democrática del Estado. Técnicamente, se trata de derechos de naturaleza distinta: unos tienen la estructura de derechos de defensa, de libertad, de indemnidad. Apuntan a esa libertad típicamente liberal, que no es el libre arbitrio sino la libertad externa, de coacción, libertad entendida de manera puramente negativa, que exige del Estado una postura basal de autolimitación y no injerencia en la vida del individuo. Los derechos políticos, en cambio, exigen el desarrollo estatal de condiciones político-institucionales para asegurarlos y volverlos efectivos. Sin embargo, supuestas estas condiciones, estos también pueden ser vistos, al menos en un segundo momento, como derechos de libertad. De ahí que, desde un género más amplio, se afirme que los derechos de primera generación constituyen, en definitiva, derechos de defensa (*Abwehrrechte*) de las libertades individuales[2].

[1] Fue Karel Vasak quien en 1979 propuso la clasificación de tres generaciones de derechos para destacar las sucesivas etapas de su reconocimiento internacional. Vasak (1984), p. 15. Reconocimiento –dice la dogmática constitucionalista– cada vez más amplio e intenso, que reflejaría, por un lado, la progresiva evolución de la conciencia moderna respecto de la dignidad del ser humano y, por otro, la proyección histórica de la trilogía *Liberté*, *égalité*, *fraternité* (que, por cierto, en su fórmula original es algo menos amigable: *Liberté*, *égalité*, *fraternité ou la mort*). Empero, el origen de la triple clasificación es algo más banal: "Antônio Augusto Cançado Trindade, señala que siendo amigo de Karel Vasak, le preguntó 'por qué usted formuló esa tesis en 1979?', y él le respondió: 'Ah, yo no tenía tiempo para preparar una exposición, en tanto se me ocurrió hacer alguna reflexión, y recordé la bandera francesa'. Para Cançado Trindade, ni el propio Vasak tomo muy en serio esa tesis, pero, como todo que es palabra «cliché», pegó; de ahí Norberto Bobbio copió esta tesis y algunos confunden su real pertenencia a Vasak". González (2008), pp. 1-2.

[2] Parte de la doctrina hace una distinción neta entre los derechos individuales y los políticos, por connotar una estructura distinta y presuponer "conquistas" diversas en la evolución del Estado moderno. Véase, por ejemplo, Sánchez (2001), pp. 49-61 y Gómez (2004), pp. 231-280. En este esquema, los derechos políticos serían de segunda generación, y así sucesivamente.

Los derechos de segunda generación son los económicos, sociales y culturales, que pretenden asegurar condiciones de vida dignas para todos los ciudadanos del Estado, promoviendo la igualdad económica, al menos en el acceso a las condiciones vitales que permiten el desarrollo personal. Persiguen, se sostiene, el segundo ideal de la trilogía revolucionaria: la "igualdad". Para lograrlo, requieren de una intervención activa del Estado a través de prestaciones y servicios públicos. Los derechos de segunda generación serían en lo fundamental (aunque no únicamente) derechos de prestación[3].

Ambas generaciones de derechos se formulan con la técnica de los "derechos subjetivos", pero con notorias diferencias. En la primera generación, los derechos emergen y se desenvuelven con la impronta iluminista e individualista, propia del Estado liberal. En la segunda generación, surgen con una lógica inversa: la pertenencia del individuo al Estado y la intervención de este a fin de lograr la solidaridad entre las clases sociales, con la lógica de la seguridad social y de la compensación económica. La técnica del derecho subjetivo se muestra insuficiente ante un escenario que es diseñado "desde arriba" y que requiere de promesas y activas políticas públicas que las satisfagan[4].

II. Derechos de primera y segunda generación. Problemas

La doctrina constitucional suele dividirse entre quienes sostienen que la distinción entre derechos de primera y segunda generación es de sucesión, expansión y complemento[5], y quienes afirman que es de oposición, o en fórmula más matizada, que la primera generación debe ceder, por regla general, a la segunda, pues "en primer lugar la comida, y luego la moral" (Bertold Brecht). Es lo que sostiene, con referencia expresa a esta cita, el *Manual de educación en derechos humanos* de la Comisión Europea, reconociendo, además –lo que es una obviedad–, que "los derechos humanos son propensos a abusos políticos", con lo que en su contexto se sugiere que los Estados suelen preocuparse más de la primera generación de derechos que de la segunda[6]. Lo que también es obvio tratándose de Estados con insuficientes recursos económicos.

Para la Comisión Europea la posibilidad de conflictos entre ambas generaciones es clara, y, por tanto, también la necesidad de que los derechos de

[3] Pérez (1990), pp. 82 ss. y 120 ss.; Pérez (1988), p. 183 y ss.
[4] Alvear (2017), pp. 235-266.
[5] Cassagne (2016), p. 62.
[6] Comisión Europea (2015).

libertad cedan ante las exigencias de los sociales[7]. Al fin y al cabo, unos suponen inmovilidad del Estado y, los otros, lo opuesto: sumo activismo, intervención en los procesos vitales, dependencia material y jurídica. En definitiva, los de primera generación supondrían una visión reducida del ser humano, mientras los de segunda:

> "nuevas demandas e ideas acerca del significado de la vida y la dignidad humana. Se dieron cuenta de que la dignidad de la persona humana exige algo más que la mínima falta de interferencia por parte del Estado, propuesta por los derechos civiles y políticos"[8].

Que los derechos de segunda generación tengan que primar sobre los de primera en los casos en que estos impidan la realización de las condiciones materiales de aquellos, no es, sin embargo, una tesis pacífica. También está sujeto a disputas. Hay diversas doctrinas o líneas jurisprudenciales sectoriales que alteran los términos (¿a todo evento?, ¿cuáles condiciones materiales?, ¿mínimas, suficientes, satisfactorias?, etc.). Por otro lado, más allá de la zona europea, hay que recordar que Estados Unidos suscribió el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, pero no el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por lo que la primacía en este caso, en el ámbito del derecho internacional de derechos humanos, juega a favor de los primeros.

Por otro lado, es necesario destacar que jurídicamente el Pacto de Derechos Civiles y Políticos vincula a los Estados de acuerdo con el principio de inmediatez[9], mientras el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales obliga de acuerdo con el principio de progresividad[10].

---

[7] Sectores de la doctrina reivindican, incluso, la fórmula "derechos v/s derechos". Véase, por ejemplo, Balbín (2007), pp. 95-98.

[8] Comisión Europea (2015). En el texto se definen los derechos sociales como aquellos: "necesarios para la plena participación en la vida de la sociedad" (educación, familia, etc.); los económicos como aquellos que proveen un: "nivel mínimo de seguridad material necesario para la dignidad de la persona humana" (trabajo, vivienda, pensión, etc.) y los culturales como los que: "refieren a la 'forma de vida' de una comunidad cultural" (participación en la vida cultural, patrimonio histórico, etcétera).

[9] Artículo 1.2: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social", Naciones Unidas (1976a),

[10] Artículo 1.2: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos", Naciones Unidas (1976a),

De ahí la desazón que muestran autores arropados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al alcance de los sociales en el ámbito americano. Observan que los de primera generación originan obligaciones de resultado; en cambio, los de segunda generación, solo de medios, con lo que su efectividad es baja. Con un tono que recuerda a las antiguas plañideras, protestan porque los sociales encuentran tres tipos de obstáculos para su justiciabilidad: materiales (imposibilidad o grave dificultad de los países con menos recursos para realizar estos derechos), jurídicas (los sociales requieren de una determinación normativa posterior, para precisar su objeto) y procesales (dificultad para determinar las violaciones individuales, dado el carácter difuso que toma este tipo de derechos). Surge, entonces, la propuesta de suprimir la clasificación por generaciones y transformar todos los derechos en "sociales", con lo que se da por superada la especificidad de los de primera generación[11].

Desde el ángulo del acrecimiento del poder, ello implica el estatismo omnipresente para proveer lo que se consideran "derechos".

En este punto, aflora un equívoco, advertido en su época por Michel Villey y Juan Vallet de Goytisolo en lo que respecta a la inflación de derechos en la Modernidad jurídica. Los derechos de segunda generación en el estado puro de declamación (como figuran en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en un sinnúmero de Constituciones del orbe) no constituyen propiamente "derechos", en el sentido jurídico positivo del término. A escala internacional, son más bien expectativas, pretensiones, anhelos, muchas veces sueños y hasta veleidades utópicas. En el ámbito constitucional, su eficacia jurídica –constitucional es muy limitada, y más se parecen a mandatos de actuación política[12]. Solo en virtud de una ley concreta que conceda prestaciones determinadas con objetos específicos y recursos suficientes se puede hablar de "derechos" en el ámbito prestacional.

Para confundir más las cosas, diversos autores plantean que muchos de los derechos de primera generación insuficientemente realizados (porque en ellos también se nota la inflación) debieran ahora satisfacerse por la vía de los de segunda generación[13], lo que muestra hasta qué punto la intervención del

[11] Es, por ejemplo, la tesis de Fischer-Lescano & Möller (2012), que recoge Bonet de Viola (2016), pp. 17-32, alojada en el sitio de la CorteIDH: www.corteidh.or.cr/tablas/r36189.pdf. Se distingue en este contexto entre "derechos políticos con componentes sociales" (derecho de los trabajadores al control de la producción y colaboración en la dirección de las empresas), "derechos sociales con contenido político" (derecho de huelga), "derechos de igualdad", "derechos a la seguridad social" (salud, ambiente) y "derechos de los pueblos" (desarrollo sustentable, paz mundial).

[12] Yarza (2020), p. 25.

[13] Así lo postula la Comisión Europea (2015), dice, por ejemplo, que deben incluirse en los sociales: "muchos de los considerados a menudo como derechos "civiles": derecho a la recrea-

Estado es hoy un principio basal para el desenvolvimiento de los derechos humanos, de tal modo que derechos humanos y Estado moderno se vuelven indisociables.

No hay que olvidar a quienes niegan la validez de la concepción generacional de los derechos, por considerarla confusa. Era que no. Sostienen que hay derechos individuales –*vr. gr.* el derecho a la vida, la libertad y sus manifestaciones– que pertenecen a todas las generaciones. Además, afirman la imposibilidad de definir los surgimientos de tan distintos derechos que se agrupan bajo categorías tan genéricas[14]. Empero, como categorías que permiten agrupar e identificar convencionalmente "oleadas" de derechos humanos, el criterio generacional tiene su utilidad. Lo que se ve confirmado porque respecto de las dos primeras generaciones, el derecho internacional de los derechos humanos las recoge en dos pactos distintos. Y es posible también examinar la Declaración Universal de Derechos Humanos en dicha clave: en los artículos 3 a 21 se encuentran los derechos de primera generación; en los artículos 22 a 27 los de segunda.

La mayor utilidad del criterio generacional se destaca, sin embargo, si analizamos estos derechos desde la perspectiva de su fundamentación. Desde el ángulo constitucional, quien mejor ha procedido en el intento es Juan Fernando Segovia.

El autor caracteriza los derechos de primera generación como la factura modélica del constitucionalismo liberal que no puede sino insertarlos en la teoría de los límites al poder. Los derechos humanos tienen precisamente esa función: la de constituirse en límite y freno al poder político, al que se considera abusivo por naturaleza, en cuanto, por su propia finalidad, tiende a contener o reducir el ámbito de acción de la libertad individual. No hay que olvidar que, para el liberalismo, todo lazo, régimen, norma o gobierno debe ser consentido (bendita teoría en la que todos pueden "consentir") por el individuo. Los derechos de primera generación son la cara visible de un constitucionalismo garantista, donde lo que importa es salvaguardar los fines individuales de cada ciudadano, en el plano de un Estado neutro y abstencionista, que carece de fines propios. Solo corresponde intervenir para asegurar que la libertad de decisión de uno no se vea afectada por la libertad de decisión de otro[15].

En cuanto a la naturaleza de los derechos de primera generación –derechos libertades– se trata de posibilidades de actuación del individuo (psíquicas, intelectuales o físicas), más cercanas al poder físico que al moral, que sería lo propio del derecho. Al respecto, Juan Segovia observa:

ción, al cuidado de la salud, a la intimidad y a la no discriminación". Lo que, sin embargo, en el ámbito técnico, denota, por cierto, una cierta confusión entre la estructura de los derechos y su finalidad.

[14] González (2008), p. 2.

[15] Segovia (2004), pp. 28-32

> "la antropología liberal exalta al individuo autosuficiente, que no necesita ser liberado porque ha nacido libre y con derechos innatos. El individuo ya posee el objeto de su derecho y es eso lo que las declaraciones reconocen [...]. A partir de la Declaración de 1791, se los compendió en cuatro derechos básicos: libertad, igualdad, propiedad, seguridad [...]. Se trata de derechos que remiten a la estructura básica del ser individual. El individuo es naturalmente libre. El contenido de los derechos liberales es esa libertad, el libre desarrollo de un individuo que ya está en posesión de sí y del entorno para pronunciarse y decidirse"[16].

Se trata, claro, de derechos individuales, pues tienen como sujeto único al individuo, no a las asociaciones; de derechos abstractos, pues se omiten las desigualdades existenciales o potenciales, y las prerrogativas que entrega son universales, válidas en todo tiempo y lugar. Son, asimismo, plenamente operativos: como propietario de sí mismo, el individuo ya los posee (en el estado de naturaleza) y ahora en sociedad los traslada como "derechos de ser" para oponerlos al Estado. Las libertades intelectuales cobran una importancia gravitante, pues son las que permiten al individuo, de un modo más fácil y directo, sentirse dueño de sí mismo. Y solo se las goza acabadamente en la medida en que no se les entorpezca. Estamos, además, frente a unos derechos de libertad que pretendidamente se ejercen en igualdad (formal), en los cuadros de la igualdad ante la ley[17].

Los derechos de segunda generación corresponden a una fundamentación distinta. Se invierte la ideología liberal: ya no son los que legitiman el poder. Ahora nacen en razón de la pertenencia del individuo al Estado, de modo que son efecto de la organización estatal. El Estado social de derecho, observa Juan Segovia, coincide con la formalización de las teorías del Estado y de los derechos públicos subjetivos:

> "Los nuevos derechos están, de este modo, ligados a un Estado que se manifiesta con intervenciones e intromisiones cada vez más penetrantes en un orden social que el liberalismo creía espontáneo, naturalmente justo. El Estado del constitucionalismo social parte de la base de la real desigualdad social y se expresa como una fuerza medicinal: el remedio que cura los excesos del individualismo económico capitalista"[18].

[16] Segovia (2004), pp. 30-31 y 34.

[17] Segovia (2004), pp. 32-33, 36-42. Sobre el carácter declamatorio, subjetivista y abstracto de los derechos humanos, Alvear (2018), pp. 347-365.

[18] Segovia (2004), pp. 44-45.

Respecto de su naturaleza, los derechos sociales son una suerte de:

> "créditos respecto de la sociedad que amparan una posibilidad o garantizan una posición (futura muchas veces), cuya realización no depende ya directamente de las potencialidades individuales".

Apuntan a solucionar una carencia, una necesidad, consideradas como obstáculos materiales, objetivos, al desarrollo de la igualdad, incluso de la libertad. Por eso, el titular de los derechos sociales ya no es el individuo libre, señor de sí, propio del estatuto burgués, sino el necesitado (de trabajo, vivienda, educación, asistencia social, jubilación, etc.), que se encarna en la clase trabajadora y su familia, cuyas privaciones no se solucionan con la sola fuerza del mercado, y requieren planificación estatal.

Con los derechos sociales, precedentes derechos individuales se socializan (propiedad, educación, trabajo, etc.). Surgen, asimismo, nuevos sujetos de derechos, típicamente las organizaciones sindicales y las familias. Los derechos sociales permiten, asimismo, imponer el principio del dirigismo a través del cual el Estado controla en mayor o menor medida la economía, para que no solo sirva a los intereses individuales. La tendencia estatista continúa su expansión, buscando el ideal nunca completamente logrado (pero sí sufrido) de la igualdad niveladora, sea en el modelo socialdemócrata, sea en el modelo soviético[19].

Habría que apuntar que los derechos sociales comportan un tercer modelo, cual es la denominada "economía social de mercado", de origen germano, que buscó desarrollarse fuera de la tenaza liberalismo-socialismo, con una crítica, en sus inspiradores, al dirigismo económico, al individualismo, a la economía tecnocrática, al gran capitalismo corporativo, a la acumulación dineraria a través de la banca y a la sociedad de consumo. La subordinación de la economía a los órdenes que le trascienden y la defensa del principio de subsidiariedad, de la economía familiar y asociativa, de la difusión de la propiedad, particularmente de la pequeña y la media, de la intervención decidida del Estado en garantía del bien común económico ("compensación social"), son algunos de sus elementos doctrinarios. Los inspiradores de la "economía social de mercado" (Wilhelm Röpke, por ejemplo) reivindicaron explícitamente principios de la doctrina social católica. Por desgracia, se negaron a mirar a la Cristiandad, y terminaron por colocar el vino bueno en odres malos, en componendas con el liberalismo "moderado"[20].

[19] Segovia (2004), pp. 46-64

[20] Hay notables críticas de Wilhelm Röpke no solo al socialismo, sino, también, al capitalismo liberal clásico: el racionalismo, la masificación, la proletarización, el culto a lo colosal, la economía métrica, el maquinismo, la centralización, la pérdida del sentido de lo humano, la

III. Derechos de tercera y ¿cuarta? generación. Más problemas

Luego de los derechos de primera y segunda generación, emergen los denominados derechos de tercera generación. Los criterios de identificación son aquí más difusos, y este defecto parece constitutivo. Un organismo de las Naciones Unidas sostiene:

> "la lista de los derechos humanos de tercera generación no es absoluta, sino todo lo contrario: está en permanente transformación y es común que acoja nuevos derechos en función de las preocupaciones mundiales de nuestro tiempo"[21].

Aquí aparece la palabra clave de este tipo de derechos: lo global, lo mundial.

> "Los derechos humanos de tercera generación –dice el mismo texto– son una actualización de la Carta de 1948. Están motivados por una serie de preocupaciones globales propias de finales del siglo xx y principios del xxi, principalmente el deterioro del medioambiente y sus efectos negativos en la calidad de vida de las personas"[22].

El valor que funda este tipo de derechos sería el de la "solidaridad" (sucedáneo de la *Fraternité* revolucionaria). Se busca que la humanidad en su conjunto supere los obstáculos que se han levantado para la realización plena de los derechos de primera y segunda generación, particularmente en las naciones y pueblos de menores recursos. Se trata, dice la Comisión Europea, de "derechos colectivos" en el sentido de que se disfrutan en comunidades o, incluso, refieren a Estados enteros. Es la comunidad internacional la primera llamada a garantizarlos[23].

Para parte de la doctrina se trata de derechos destinados a dar:

> "una fraternal respuesta a factores discriminatorios (económicos, raciales, culturales, religiosos, etcétera) o necesidades futuras en riesgo

ausencia de referentes espirituales y religiosos. Sin embargo, se niega a mirar a los principios que formaron la Cristiandad. De hecho, critica a los "reaccionarios doctrinarios" que rechazan en bloque la obra de la Revolución francesa, dan por fenecida la Modernidad y suspiran por una "nueva Edad Media". Véase Alvear (2022), pp. 324-328.

[21] UNHCR- ACNUR (2017).

[22] *Ibid*. El listado de derechos estaría integrado por el derecho al desarrollo sostenido, la autodeterminación de los pueblos, la paz, la protección de los datos personales, el patrimonio común de la humanidad y el ambiente sano.

[23] Comisión Europea (2015). Entre los derechos que enuncia se encuentran los derechos al desarrollo, a la paz, a un ambiente sano, a participar en la explotación del patrimonio común de la humanidad, a la comunicación y a la asistencia humanitaria.

> (medio ambiente sano) de grupos humanos universalizados en tiempo y espacio".

Por lo que se incluyen la justicia transnacional y los derechos del consumidor, de los niños y de los ancianos[24].

Para otros, el eje de la tercera generación es la "contaminación de las libertades" (*liberties pollution*), con lo que se alude a "la erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales ante determinados usos de las nuevas tecnologías". Como respuesta surge el derecho a la paz, a la calidad de vida, a la libertad informática, garantías frente a la manipulación genética, al disfrute del patrimonio histórico y cultural de la humanidad, y el de los pueblos al desarrollo[25]. En otros términos:

> "son resultado de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos, por una parte, y, por la otra, de las transformaciones tecnológicas, resultado de los nuevos conocimientos científicos y de su aplicación a diversos campos de la vida del hombre"[26].

A diferencia de los derechos de primera y segunda generación, no hay un instrumento internacional de derechos humanos que consagre de manera explícita el conjunto (aunque sea provisorio) de los de tercera generación. Y las cartas constitucionales nuevas o reformadas en las últimas décadas consagran ora unos, ora otros, aunque habitualmente hay consenso en incluir los derechos medioambientales. De cualquier modo, las Constituciones europeas y americanas no refieren a un catálogo completo reconocibles como de derechos de tercera generación.

En el ámbito internacional se recoge el "derecho al desarrollo" en ampulosos diez artículos, en la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de las Naciones Unidas (1986). Si la clave de los derechos de tercera generación es el "derecho al desarrollo", quiere decir que lo que se busca, como meta, es que los pueblos del llamado Tercer Mundo, o en vías de desarrollo, gocen de manera integral de los beneficios que el desarrollo económico provee a los países ricos. Es claro que no se trata propiamente de "derechos" sino de deseos y expectativas en favor de agrupaciones humanas a determinar.

Es lo que se denota en las declaraciones que registran derechos de "los pueblos". El titular o sujeto activo es impreciso. No se identifica el sujeto pasivo, el directamente obligado por las eventuales exigencias que activa el derecho. El contenido es impreciso, en particular a la hora de especificar las facultades

[24] González (2008), pp. 2-3.
[25] Pérez (1991), pp. 206-210.
[26] Bailón (2009), p. 113.

que se pueden hacer valer. El objetivo de estos derechos suele ser, además, en exceso genérico, imposible de cumplir, no garantizable, o solo realizable por la buena voluntad de un sujeto de derecho internacional generoso (que no abundan), lo que en todo caso habla más del ejercicio de la virtud de la liberalidad, que de una exigencia de estricta justicia.

Los "pueblos" a los que estas declaraciones atribuyen una infinidad de derechos en general no ven cumplida sus expectativas, en especial cuando son pobres. Tales derechos son con frecuencia infringidos por los propios suscriptores de las declaraciones, particularmente cuando son Estados poderosos, a través de realidades tan universales como la extracción de materias primas, la deslocalización para obtener mano de obra barata y sin suficientes garantías laborales, etc. En otras ocasiones, estos supuestos derechos son violados por los propios organismos de las Naciones Unidas encargados de su resguardo. Quizá son tantos los derechos enunciados, que nadie podría moverse, dar un paso, sin infringir sus mil consecuencias y derivaciones.

En este cuadro, nos encontramos con la Carta Africana de Derechos Humanos que recoge "derechos" colectivos con connotaciones inevitablemente utópicas, irreales o puramente declamatorias como el derecho a que todos los pueblos sean iguales (artículo 19), el derecho a la autodeterminación política y al desarrollo social y económico (artículos 20 y 22), el derecho a disponer de manera libre de las riquezas y recursos naturales (artículos 21 y 22), el derecho a la paz (artículo 23) y el derecho a un entorno general satisfactorio (artículo 24)[27].

Si los derechos de tercera generación se caracterizan solo por el criterio más bien formal de derechos de colaboración internacional, cabría integrar los no conflictivos de los "pueblos". Pero el criterio seguiría resultando en exceso genérico, donde casi todo podrá caber, mientras exista "solidaridad" (derecho al desarrollo, a la paz, etc.). Y donde casi todo cabe, ya se ve la inutilidad de la clasificación.

Por eso, ciertas corrientes doctrinarias prefieren enfocar los de tercera generación no desde el ámbito internacional, sino constitucional, intentando definir más precisamente objeto, atributos y facultades. El listado es mucho menos ambicioso. Los derechos de tercera generación integrarían principios y derechos de incidencia colectiva, entre ellos los supraindividuales de titularidad indivisible (derecho a un ambiente sano) o los individuales de titularidad homogénea (usuarios que recurren por la ilegalidad de una tarifa)[28]. Con este

[27] Organización de la Unidad Africana (1981).

[28] Cassagne (2016), p. 62. El autor refiere a la protección ambiental y el derecho al ambiente sano, al principio protectorio de la competencia, a los derechos de consumidores y usuarios, a la participación pública en el control de los servicios públicos, al derecho de reunión, a la sa-

criterio formal se reduce el campo de los de tercera generación, pues quedan fuera, incluso, la gama de los "derechos de los pueblos" no conflictivos en la medida en que presentan objetos utópicos, irreales o indeterminados, como la mayor parte de los contenidos en las declaraciones recién citadas. Declaraciones, que, además, de suyo no son vinculantes. Declaraciones que, a mayor abundamiento, un buen número de Estados tampoco ha suscrito.

De cualquier modo, como hemos notado, los "derechos de los pueblos" parecen deficientes desde un punto de vista técnico-jurídico, pues aluden a objetos en demasía genéricos, no otorgan facultades precisas, y muestran serias incongruencias en relación con el ejercicio pacífico de los de primera y de segunda generación por parte del ciudadano común, que no hace parte de estos "pueblos". En realidad, más que derechos son enunciados políticos (en el sentido de que son impuestos desde el poder, con prescindencia de relaciones de justicia concretas), que se formulan como cláusulas puramente programáticas, y de muy difícil satisfacción, dado que ni siquiera el sujeto de derechos está determinado y, en ocasiones, tampoco es claramente determinable. La identidad hoy se crea, se inventa, se imagina, como si se pudiera prescindir de la historia y de la realidad.

Tal vez por ello es que algunos sectores prefieren hablar de derechos de "cuarta generación". No se trata, sin embargo, de una clasificación consagrada.

Si para los derechos de "tercera generación", las fronteras conceptuales son difusas, para los de cuarta, lo son aún más. Se trata de una categoría absolutamente movediza, donde cada quien pretende mostrar su propia fotografía. Pues en eso estamos, en lo que cada cual desea o apetezca que sea el derecho.

Algunos postulan como derechos de cuarta generación los que surgen de las nuevas amenazas en el entorno del ciberespacio a fin de defender la afectación de los de primera, segunda y tercera generación[29]. Para otros, los derechos humanos de las minorías y, entre ellos, de los pueblos indígenas, serían asimilables a los de cuarta generación, en cuanto, como las generaciones precedentes, son el resultado de las nuevas luchas sociales. Son derechos a reivindicar una cultura y representación simbólica diferente frente a la cultura

lud (ambos, originariamente, en la segunda y tercera generación), legitimación en los procesos administrativos, al principio de legalidad ante el influjo de la globalización, al amparo constitucional en los derechos de incidencia colectiva. En los derechos del consumidor, distingue entre los difusos e individuales homogéneos. Cassagne (2016), pp. 59-108.

[29] Guerrero (2020), pp. 137-149. Dentro de estos derechos se encuentran los relativos a la protección del ecosistema y la pervivencia futura; el nuevo estatuto de la vida humana ante el avance de las técnicas científicas; y los derechos frente a las nuevas tecnologías de la información y comunicación. Gómez (2004), pp. 231-280.

"dominante" o "hegemónica" (la nacional, la tradicional, la mayoritaria, etc.)[30]. Una tercera opinión sostiene que los derechos de cuarta generación son los "derechos de los animales no humanos"[31]. Una cuarta propuesta postula que son derechos de cuarta generación los de identidad cultural, si bien constituyen, por un lado, una expansión de los derechos de libertad y de igualdad, y, por otro, una explicitación y profundización de los derechos culturales[32].

Quizá, por "cuarta generación" sería oportuno referir a los "nuevos derechos", representativos de las tendencias posmodernas de los tiempos presentes.

Juan Fernando Segovia ha ensayado una interesante síntesis. El paso de la economía industrial a la economía de servicios y al neocapitalismo ha impulsado, en paralelo, una modificación del modelo de Estado. De economías dirigidas por el Estado, ámbito de los derechos sociales, se ha pasado a sociedades administradas por el Estado. El Estado asistencial, protector de los necesitados, ha devenido en Estado de bienestar (para todos). La calidad de vida no se mide por los bienes producidos sino por los servicios y comodidades accesibles a los ciudadanos. Ya no se aspira tanto a la propiedad sino, más bien, a la educación y el conocimiento que sirvan para desempeñarse en ese nuevo mundo. La división clasista es superada por la legitimación del pluralismo, como agregado de todas las diversidades posibles. La sociedad se fragmenta en múltiples "identidades" colectivas, que ahora emergen como sujetos de derechos al interior de los Estados, que fungen de árbitros y reguladores de la convivencia multicultural. El Estado se coloca al servicio de un nuevo y radical individualismo, asegurando la total liberación de los obstáculos morales y sociales del "desarrollo de la personalidad" de cada cual. Los nuevos derechos surgen como créditos frente a aquel, no para que provea a las necesidades (ya satisfechas), sino para que garantice las mil diversas posibilidades de autorrealización a través de condiciones materiales de autosuficiencia, con prestaciones y servicios en casi todas las dimensiones de la existencia: la vida sexual, el género, el ocio, el deporte, la salud, la ciencia, la información, la superación de la discapacidad, el consumo, etc. Consumada la obra de la modernidad, destruido todo lazo y tradición, el individuo ha quedado solo frente al poder: los "nuevos derechos" se le otorgan como instrumentos de autocreación, en la difícil tarea de construirse a sí mismo desde sí mismo[33].

---

[30] Bailón (2009), pp. 104, 115. La generación de derechos humanos vista a partir de "luchas sociales" contra los portadores de privilegios, Correas (1992), p. 45. A tales efectos se cita la Declaración sobre Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas, de las Naciones Unidas o el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

[31] Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (2001), p. 31.

[32] Del Real Alcalá (2013), pp. 183-216, quien no emplea el término "cuarta generación".

[33] Segovia (2004), p. 65.

Hay que observar que los derechos de primera generación afirman los "derechos de libertad" primariamente frente al poder político, que, a su vez, legitiman. Pero en la época presente, han expandido su punto de mira, y las denominadas "libertades" se utilizan para oponerlas a toda autoridad natural, a toda norma moral, a las jerarquías legítimas, a las desigualdades naturales, a los vínculos tradicionales, a las instituciones históricas, al propio estatuto ontológico de la persona. Sin duda que, *in nuce*, estas tendencias ya se encontraban en la noción de libertad del primer constitucionalismo liberal. Pero en la medida en que el proceso de secularización convivía en mayor o menor medida con la moral social cristiana, aun de manera solapada, diversos factores fueron cohibiendo o retardando la marcha hacia la total expansión de la tendencia liberal.

Hoy, con la secularización ya avanzada, no hay obstáculos de peso que se le opongan, ni en la Iglesia, cuyo elemento visible parece haber renunciado a su misión docente en estos ámbitos. Han surgido, entonces, los "nuevos derechos", que, desde el ángulo genético, se pueden considerar como continuación, expansión, incluso exasperación de la "libertad" en la que se anclan los de primera generación. Pero, en su especie, estos nuevos derechos suponen una nueva malignidad, fruto de la tendencia ya directamente nihilista del liberalismo contemporáneo. Estas tendencias se anudan a las ideologías de la posmodernidad, en particular las marcadas por la Escuela de Frankfurt y el posestructuralismo, en pos de objetivos corrosivos y deconstructivos de la persona, la familia, la sociedad y la comunidad política. Demolida la Cristiandad, se trata de hacer explotar sus cimientos naturales con la ayuda de estos "derechos".

IV. Los "nuevos derechos". Consumando la disolución del ser humano y de la sociedad

Los nuevos derechos se expresan en "libertades" que buscan disolver el reflejo del orden del ser en la sociedad humana. La mayor parte de estos derechos suponen la ya consabida negación liberal de la justicia natural, de la ley natural y de la ley moral cristiana. Pero aquí se da un paso más. Se nota en las ideologías que nutren estos nuevos derechos (*Gender Perspective*; feminismo de tercera y cuarta ola; indigenismo y anticolonialismo en el marco de las "epistemologías del sur"; *Black Radical Theory*; animalismo, etc.) el influjo explícito de las filosofías posestructuralistas, que afirman la incertidumbre de los significados, la inexistencia de identidades estables, el papel "performativo"

del lenguaje sobre la realidad (de ahí el lenguaje "inclusivo"), el rechazo de las "estructuras binarias y jerárquicas", entre otros[34].

El eje privilegiado para la expansión de estos derechos es el lenguaje de la "no discriminación" con todo su elenco de dispositivos jurídicos, cada vez más intensos. En el ámbito jurisprudencial, las libertades, digamos clásicas de primera generación, comienzan a ceder (libertad de enseñanza, de expresión, empresarial, etc.), en un proceso ora de invasión y colonización, ora de restricción, suspensión o, incluso, privación[35].

Este tipo de derechos se les comprende enteramente no desde la engañosa línea de la "no discriminación" sino desde la "emancipación" moderna, de la que son instrumento de consumación. Marcan la etapa de la profanación de lo sagrado, del totalitarismo de la inconsistencia, de la hibridación infinita, del golpe fatal a la alteridad, del intercambio permanente y forzado, del yo lábil y sin referencias, del centro voluntario sin certezas ni jerarquía interior, de la definitiva deshumanización del ser humano, de la despersonalización y disolución del sujeto[36].

Si nos fuese permitido agrupar estos sedicentes derechos, propondríamos cuatro géneros o clases:

i) Derechos a la "identidad" individual.
ii) Derechos a la "identidad cultural".
iii) Derechos de la naturaleza y de los animales, como sujetos titulares.
iv) Derechos transhumanos[37].

Abordaremos, a continuación, los dos primeros tipos de derechos, por ser aquellos que encuentran en la actualidad mayor desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos y en el constitucionalismo contemporáneo. Al final de este trabajo diremos algo sobre los dos últimos.

---

[34] Es interesante la utilización del término "estrategias posestructuralistas" para incluir los distintos modos de negar y desarmar las prácticas que se consideran "dominantes". Dentro de esas estrategias, se encuentra la "deconstrucción" como método para oponerse a la "metafísica de la presencia" y el "logocentrismo" (Jacques Derrida); la "genealogía" para derogar la normalización de conocimientos y significados aceptados como verdad (Michel Foucault); la "performatividad" para invalidar la estructura binaria determinada por la biología o inscrita en la cultura (Judith Butler). Para Jacques Derrida véase especialmente Derrida (1967), pp. 11-445; para Foucault (1981) y Burchell *et al.*(ed.) (1991). Para Butler (1990) y (1993).

[35] Desde el año 2020 ha aparecido el denominado capitalismo "woke", empeñado en imponer a los consumidores ideologías como la Black Radical Theory o la Gender Perspective. Coca-Cola, por ejemplo, ha sido acusada de integrar la critical race theory en sus programas de "inclusión y diversidad" para sus empleados, instruyendo a los trabajadores "caucásicos" para que reduzcan su "blancura" a fin de adaptarse y parecer menos agresivos para las personas de color. Sobre la materia, Ramaswamy (2021), pp. 1-328.

[36] Alvear (2018), pp. 365-379.

[37] Sobre el transhumanismo, véase Ayuso (2019).

1. Derechos a la "identidad" individual

Los derechos de "identidad" individual se expresan con particular énfasis en los denominados "derechos sexuales y reproductivos" y sus homólogos (de género, de las diversidades / disidencias sexuales).

Los derechos de "identidad" individual engloban todos los aspectos, circunstancias, atributos y cualidades personales en los cuales y con los cuales el individuo elige identificarse. Utilizamos el término 'elige' para marcar la pretensión máxima de este tipo de derechos, aunque en la realidad el ser humano elige solo lo que *puede*, que no es siempre, ni mucho menos, lo que *quiere*. La "elección" comporta, por tanto, muchos elementos *ficticios* o peligrosamente *forzados*. *Ficticios*, cuando la voluntad individual pretende suplir mediante una *mise-en-scène* existencial los atributos naturales de los que carece, o las situaciones jurídicas o sociales que no ha merecido. Elementos *forzados*, cuando la voluntad individual intenta sobreponerse al orden impreso en la naturaleza humana específica y sus fines fundamentales, con la ayuda de la tecnología o la apariencia social.

Este tipo de "derechos" constituye el término final de la larga caminata de la ideología liberal hacia la completa subjetivización de los derechos, donde se deshace toda noción de justicia, vinculada al ajuste entre lo debido y lo dado en materia de bienes y posiciones en las relaciones sociales concretas. Obviamente no son "derechos" en sentido estricto, aunque sean enunciados como tales, pues el mero querer subjetivo no constituye lo jurídico, por más que las normas positivas intenten volver exigible la manifestación de ese querer o veleidad frente a terceros.

Una segunda observación: los derechos de identidad individual se formulan en clave deconstructiva, inspirados en la filosofía de Michel Foucault y Jacques Derrida. No podemos detenernos en este punto tan interesante, pero es claro que en este tipo de derechos no solo se da una subjetivización jurídica extrema, sino, también, una disolución del sujeto y una subversión de lo normal, en el sentido que le da la filosofía posestructuralista. Propiamente ya no hay orden, ni persona ni finalidades naturales individuales y sociales, una vez que la identidad se construye sobre la base de la pura voluntad autónoma, en una tarea permanente contra la ley natural, y que, además, puede hipotéticamente cambiar en un sentido u otro, o en cualquier sentido (incluso en el sinsentido). Se trata de un ejercicio que resulta ridículamente prometeico, e inconducente para asegurar el bien personal de cada cual.

La sexualidad humana –siguiendo en esto también a Michel Foucault, Herbert Marcuse y otros– es uno de los campos en que más se ha experimentado con este tipo de pretensiones denominadas "derechos". Probablemente porque la elección "ficticia" o "forzada" de la que hablábamos tiene un campo abierto, sea a través del juego de las apariencias (travestis, homosexualismo,

etc.) o el uso de las tecnologías con intervenciones quirúrgicas, estéticas y hormonales ("queer", "transgénero", etcétera).

La base de estos "derechos" es conocida:

> "La sexualidad humana, si bien es cierto que contiene componentes biológicos y psicológicos bien determinados, es el resultado de la construcción social –o sea, son– los factores socioculturales, religiosos, o los que vienen dados por la familia, junto con los servicios académicos y de salud, [los que] modelan, condicionan o determinan la vivencia de la sexualidad y su forma de expresión colectiva e individual"[38].

Y como tales factores imponen una sexualidad "binaria" (la "hegemonía patriarcal", dicen), hay que remover tales factores interviniendo en: la familia, la Iglesia, la educación, la jurisprudencia, los medios de prensa, las redes sociales, la empresa y la cultura oficial. La intervención se realiza desde el Estado, utilizando particularmente, como hemos referido, el mecanismo de la "no discriminación"), el control de la educación, del lenguaje, a veces de las relaciones laborales, donde se busca imponer cómo debemos expresarnos (lenguaje inclusivo) y cómo debemos conducirnos (amenaza de sanciones y protocolos obligatorios de acción en todo tipo de organizaciones públicas y privadas).

No existe reconocimiento general de los derechos sexuales y reproductivos (en adelante DSR) en el ámbito constitucional comparado (en América, con las excepciones de Cuba y Bolivia). Tampoco hay instrumentos internacionales vinculantes que recojan de forma específica estos sedicentes derechos[39]. De ahí que, para imponer su obligatoriedad, se recurra al *soft law* en el ámbito internacional[40] y, en el ámbito interno, a las regulaciones administrativas y a las políticas públicas gubernamentales[41]. En la Unión Europea existe una resolución dedicada completamente a la materia[42].

---

[38] López y Pérez (2020), p. 6.

[39] Lo constata, por ejemplo, López y Pérez (2020), p. 7.

[40] Los derechos sexuales y reproductivos aparecen, por ejemplo, en Naciones Unidas (2000b); Naciones Unidas (2000a); Naciones Unidas (1990); Naciones Unidas (1999); Naciones Unidas (2003).

[41] Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los DSR encuentran su base más directa en los textos de la OMS. CIDH (2017). El Parlamento europeo, por su parte, subsume de manera extensiva los DSR en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Afirma que: "quedan protegidos en cuanto derechos humanos en el Derecho internacional y europeo de derechos humanos, por ejemplo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el Convenio Europeo de Derechos Humanos". Parlamento europeo (2021), letra C. Todo esto, a pesar de que como tales derechos no se encuentran enunciados formalmente en estos textos.

[42] El Parlamento Europeo reconoce que la Unión Europea: "no tiene competencias directas para actuar con el fin de impulsar los derechos sexuales y reproductivos dentro de la Unión,

¿Cómo poder definir todos los conceptos implicados en los DSR, que con el objeto de "emanciparnos", en realidad, forman un gran montaje de opresión? Es lo que intentamos dilucidar a continuación, de la mano de documentos oficiales.

Para el Parlamento europeo los DSR tendrían como base, digamos biológica, la:

> "salud reproductiva y sexual –que– se define como un estado de bienestar físico, emocional, mental y social en relación con todos los aspectos de la sexualidad y la reproducción, no simplemente la ausencia de enfermedad, disfunción o dolencias".

Más adelante se afirma:

> "la salud y los derechos sexuales y reproductivos son, según la OMS, un término genérico para varias cuestiones que afectan a todas las personas y se constituyen cuatro ámbitos distintos: la salud sexual, los derechos sexuales, la sanidad de la reproducción y los derechos reproductivos".

De aquí deriva una serie de derechos que se listan sin mayor preocupación por la implicancia lógica entre género y especie: derecho a:

> "que se respete plenamente la orientación sexual y la identidad de género, a decidir si se quiere ser sexualmente activos, con quién y cuándo, a tener experiencias sexuales seguras y a decidir si quieren casarse, cuándo y con quién, y si quieren tener hijos, cuántos y por qué medios y al acceso a lo largo de toda la vida a la información, los recursos, los servicios y el apoyo necesarios para lograr todo lo anterior sin discriminación, coacción, explotación ni violencia".

Se agrega:

> "todas las personas tienen derecho a tomar decisiones que rijan sus cuerpos sin discriminación, coacción ni violencia y a acceder a servicios de salud reproductiva y sexual que respalden dicho derecho y

sino que la cooperación entre Estados miembros". Constata, empero, que: "la Unión cuenta con algunas de las normas en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos más elevadas del mundo y algunos Estados miembros han aplicado políticas y programas que defienden dichos derechos". Pero es insuficiente por los: "obstáculos de carácter jurídico, financiero, cultural e informativos", respecto de los cuales formula un largo listado, que van desde la falta de una educación sexual integral, hasta la falta de reconocimiento de la identidad de género, la denegación de asistencia al aborto, en materia orientación sexual, identidad y expresión de género y características sexuales; la no disponibilidad de métodos anticonceptivos modernos, los estereotipos de género o las prácticas de "terapia de conversión". Parlamento Europeo (2021), letras D, H, I.

> ofrezcan un enfoque positivo de la sexualidad y la reproducción, dado que la sexualidad es una parte integrante de la existencia humana"[43].

¿En qué se fundan los DSR? Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los DSR "forman parte del derecho humano a la salud integral"[44]. El Parlamento europeo los hace derivar no solo del derecho a la salud (como "componente esencial de la buena salud"), sino, también, "del derecho de todas las personas al respeto de su integridad física, su intimidad y su autonomía personal". Y precisa, además, que son:

> "un elemento esencial de la dignidad humana y está intrínsecamente vinculado con la consecución de la igualdad de género y la lucha contra la violencia de género; que, cuando se trata del cuerpo de alguien, se trata de su decisión, por lo que esta debe respetarse, así como garantizarse su plena autonomía"[45].

Para el organismo, se deben atribuir con especial énfasis a las mujeres en cuanto víctimas de "alguna forma de violencia de género" o "acoso sexual" y a las mujeres y niñas por su derecho a "ejercer un control absoluto sobre las cuestiones relacionadas con su sexualidad"[46]. En el ámbito hispanoamericano, en cambio, se les enfoca más ampliamente como:

> "derechos de todas las personas, adolescentes, adultos, adultos mayores, personas con discapacidad, [...], y en especial para la comunidad LGTBI, porque la toma de decisiones sobre el cuerpo, la sexualidad y reproducción implica poder y autonomía, y construye ciudadanía"[47].

En Europa, tienen no solo una dimensión coactiva (sanciones para quienes no los respeten), sino, también, positiva (se consideran derechos de prestación, constitutivos, además, de los "servicios sanitarios esenciales que deben estar al alcance de todos e incluir información educativa"[48]). La lista de dichas prestaciones es impresionante y probablemente no le sea concedido a ningún otro derecho[49]. En el ámbito hispanoamericano, con menos recursos insti-

[43] Parlamento Europeo (2021), letras B y A.

[44] CIDH (2017).

[45] Parlamento Europeo (2021), letras B y C.

[46] Parlamento Europeo (2021), letras E y F y n.° 2.

[47] López y Pérez (2020), p. 6. No todo derecho sexual es reproductivo, pero sí todo derecho reproductivo corresponde al correlato jurídico de un derecho sexual, véase p. 7.

[48] Parlamento Europeo (2021), letra j.

[49] Entre muchos otros: garantía de una amplia gama de servicios de salud física y mental, de calidad, en materia de DSR; estrategias eficaces y programas de control que garanticen el disfrute y el acceso universal de estos; productos médicos relacionados; utilización de tecnologías

tucionales y financieros, se intenta imitar estas dos vías a escala gubernamental, en gobiernos liberales y de izquierdas.

En el ámbito teórico, portan un conjunto de definiciones "oficiales" que suponen la negación de lo masculino y lo femenino, y la afirmación de que la identidad sexual se construye por vía de elección autónoma, sin fundamento natural alguno, teniendo como criterio primordial el placer sensual y la emancipación de todo condicionamiento cultural o educativo originado en la familia, la Iglesia o la medicina profesional.

Citamos algunas definiciones que parecen relevantes para connotar este aserto:

i. Salud sexual:

> "estado de bienestar físico, emocional, mental y social relacionado con la sexualidad [...] La salud sexual requiere un acercamiento positivo y respetuoso hacia la sexualidad y las relaciones sexuales, así como la posibilidad de obtener placer y experiencias sexuales seguras, libres de coerción, discriminación y violencia"[50].

emergentes para la aplicación de tratamientos y métodos de diagnóstico vanguardistas; acceso a instalaciones de salud sexual y reproductiva; protección especial derecho de las personas transgénero a la autodeterminación; acceso universal a productos menstruales seguros, justos y circulares; educación sexual integral en beneficio de los jóvenes para todos los alumnos de primaria y secundaria, así como para los menores no escolarizados, sin ningún tipo de discriminación y según las normas de la OMS en materia de educación sexual y su plan de acción sobre salud sexual y reproductiva; programas educativos sobre las relaciones y la sexualidad completos y adecuados a la edad, reflejando la diversidad de las orientaciones sexuales, las identidades de género, las expresiones y las características sexuales; combate de la difusión de información errónea, discriminatoria y no segura en materia de salud y derechos sexuales y reproductivos, puesto que compromete a todas las personas, en especial al colectivo LGBTI; anticonceptivos modernos como estrategia para lograr la igualdad de género; práctica segura y legal del aborto basada en la salud y los derechos de las mujeres; acceso a tratamientos de fertilidad con independencia de la identidad de género u orientación sexual; prestación de servicios de salud y derechos sexuales y reproductivos durante todas las circunstancias de crisis; rendición de cuentas en cuanto a la atención de los derechos sexuales y reproductivos; datos sólidos en materia de igualdad desglosados según criterios de género y orientación sexual; promoción y protección de los derechos sexuales y reproductivos, y su inclusión en la ejecución de la Estrategia para la Igualdad de Género y la Estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ de la Unión; condena enérgica a la involución en este ámbito y medidas concretas para hacerle frente; lazos intrínsecos entre la materialización de la salud y los derechos sexuales y reproductivos y el logro de la igualdad de género y la lucha contra la violencia de género; integración con éxito de la perspectiva de género en todas las políticas de la Unión, etc. Parlamento europeo (2021), *passim*.

[50] World Health Organization (2002), p. 35.

ii. Salud reproductiva:

"estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. La salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia"[51].

Ello porque nuestras decisiones:

"pueden ser cuestionada o controlada por diversos actores: familias, gobiernos, profesionales de la medicina o autoridades religiosas, entre otros, en todo el mundo"[52].

iii. Sexo:

"Construcción biológica que se refiere a las características genéticas, hormonales, anatómicas y fisiológicas sobre cuya base una persona es clasificada como macho o hembra al nacer"[53].

El "sexo" también comporta un significado negativo en tanto refiere a:

"la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que han dificultado el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones"[54].

iv. Orientación sexual

"La orientación sexual de una persona es independiente del sexo biológico o de la identidad de género. Se ha definido como la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas"[55].

[51] United Nations (1994), p. 117.

[52] López y Pérez (2020), p. 10.

[53] Institute of Medicine (2011), p. 25.

[54] Naciones Unidas (2009), párrafo 20.

[55] López y Pérez (2020), p. 18, con cita a los Principios de Yogyakarta (2007), p. 6, nota 1, para la definición de la orientación sexual. La orientación sexual es el criterio que se utiliza para distinguir entre "heterosexualidad", "homosexualidad" y "bisexualidad". El 17 de mayo de 1990 la OMS excluyó la homosexualidad de la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Otros Problemas de Salud.

v. Personas intersex:

"todas aquellas situaciones en las que el cuerpo sexuado de un individuo varía respecto al standard de corporalidad femenina o masculina culturalmente vigente"[56].

vi. Género:

"La diferencia entre sexo y género radica en que el primero se concibe como un dato biológico, y el segundo, como una construcción social. El Comité CEDAW de Naciones Unidas sostiene que el 'sexo' apunta a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer, mientras que el "género" alude a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que se atribuye a esas diferencias biológicas"[57].

vii. Identidad de género:

El "genero" es la manifestación exterior y la percepción social de la "identidad de género", por lo que puede no corresponder a esta última, referente definitivo de la autodefinición de la propia identidad[58]. La "identidad de género" se define como:

"la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente. Esta podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida), así como otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales[59].

[56] Corresponde a los antiguos casos de hermafroditismo. En los Desórdenes del Desarrollo Sexual (en inglés DSD) se alude a la intersexualidad 46, XX; la intersexualidad 46, XY; la intersexualidad gonadal verdadera; y la intersexualidad compleja/indeterminada. López y Pérez (2020), pp. 17-18.

[57] López y Pérez (2020), p. 18.

[58] Corte IDH, Perozo y otros vs. Venezuela, sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C n.°. 195, párr. 380. Es lo que sucede con quien se identifica como "queer", que no se asientan en ninguna categoría, y que de manera "discriminatoria" la sociedad les pueda designar o percibir en una categoría. Véase "The Gender Expression Non-Discrimination Act" (GENDA), del Estado de Nueva York.

[59] Principios de Yogyakarta (2007), p. 6, nota 2. La Corte IDH afirma al respecto: "el reconocimiento de la identidad de género se encuentra ligada necesariamente con la idea según la cual el sexo y el género deben ser percibidos como parte de una construcción identitaria que es resultado de la decisión libre y autónoma de cada persona, sin que deba estar sujeta a su genitalidad". Corte IDH (2017), opinión consultiva oc-24, párrafo 94.

En la "identidad de género" se incluye la categoría del transgenerismo o trans, un:

> "término 'paragua' –que incluye la subcategoría transexualidad y otras variaciones– y que es utilizado para describir las diferentes variantes de la identidad de género, cuyo común denominador es la no conformidad entre el sexo biológico de la persona y la identidad de género que le ha sido tradicionalmente asignada. Una persona trans puede construir su identidad de género independientemente de intervenciones quirúrgicas o tratamientos médicos"[60].

La "identidad de género" permite sobreponer el sexo, la orientación sexual y el género, hacia variantes conocidas o desconocidas[61].

En Hispanoamérica se acentúan los aspectos reivindicativos de los derechos sexuales y reproductivos: el derecho a la "autodeterminación sexual y reproductiva"; la autonomía progresiva de los derechos de los "niños, niñas y adolescentes"[62]; el derecho a no sufrir discriminación o violencia por la forma de ejercer la sexualidad, elegir el género y expresarlo; con el correlativo derecho a expresar libre y autónomamente la orientación sexual, la diversidad sexual y la no sujeción a modelos sociales "homogeneizantes"; el respeto

[60] López y Pérez (2020), p. 22.

[61] En este proceso infinito de subjetivización disolutoria emergen un sinfín de categorías. Por ejemplo, en el transgénero, se habla, entre otros, de "mujeres trans", "hombres trans" y "personas trans o trans". Aparecen, también, los transexuales que "se sienten y se conciben a sí mismos como pertenecientes al género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico. Producto de esto, optan por una intervención médica –hormonal, quirúrgica o ambas– para adecuar su apariencia físico-biológica a su realidad psíquica, espiritual y social"; los intersexuales, ya referidos, que "puede identificarse como hombre, como mujer o como ninguno de los dos mientras su orientación sexual puede ser lesbiana, homosexual, bisexual o heterosexual"; los travestis que "expresan su identidad de género –ya sea de manera permanente o transitoria– mediante la utilización de prendas de vestir y actitudes del género opuesto que social y culturalmente se asigna a su sexo biológico". Ello puede incluir la modificación o no de su cuerpo. Son clasificados, a su vez, en *cross-dressers*, *drag queens*, *drag kings* y transformistas. López y Pérez (2020), pp. 22-27.

[62] López y Pérez (2020), p. 31. Bajo este principio se distingue la "elección" (derecho a tomar decisiones informadas sobre lo que hacemos con nuestros cuerpos y nuestras vidas, sin estar limitados por la falta de información, la pobreza, el hambre o la violencia); la "autonomía" (capacidad de tomar decisiones y hacer elecciones sin presiones externas ni violencia, mental o física, con niveles satisfactorios de control sobre lo que le sucede en el propio cuerpo); y "autodeterminación" (capacidad para tomar decisiones sobre nuestras identidades y nuestro futuro, definir por nosotros mismos quiénes somos y quiénes deseamos ser sin el control de personas o fuerzas externas). Se trata de "derechos que los jóvenes son llamados a ejercer frente a las expectativas familiares, sociales o culturales que les imponen lo que deben ser, particularmente respecto de su sexualidad y su género. Se expresa en el derecho a no sufrir discriminación o violencia por la forma en que se expresan". López y Pérez (2020), p. 42.

a la diversidad sexual mediante políticas públicas enfocadas a garantizar la inclusión de las personas LGBTI en el sector político, económico, laboral, social y educativo[63]; el reconocimiento de la identidad de género a través del cambio de sexo, del nombre registral y otros[64].

2. Derechos a la "identidad cultural"

El objetivo de estos derechos está constituido por:

> "el conjunto de 'bienes culturales' que una persona hace suyos y estima como propios, a los que, como tales, pretende libremente acceder, y desarrollarse a través de ellos, sin obstáculos ni de los poderes públicos, ni de los grupos, ni de los particulares. A este respecto, los bienes culturales que protege el derecho a la identidad cultural estarían definidos por un haz de 'libertades culturales' de la persona, vinculadas directamente a la realización del valor moral universal de la dignidad humana, y a su dimensión de la igual dignidad de todos que hace de la libertad cultural una 'libertad igualitaria' y, por consiguiente, sin restricciones en la titularidad de la misma"[65].

De ahí derivan un conjunto de libertades culturales, a ser ejercidas en condiciones de igualdad, por cada persona[66].

---

[63] Se define la diversidad sexual como la "concepción y el ejercicio de la sexualidad que, por su condición, se aleja del modelo reproductivo y heteronormativo del paradigma dominante. La orientación homosexual y bisexual, junto con la identidad transgenerista, son las principales denominaciones que se han creado para dar cuenta de una realidad individual y social de concebir lo erótico, que han devenido subversivas". López y Pérez (2020), p. 44.

[64] En Chile –Ley n.° 21120, solicitud de cambio de nombre y sexo (2018)– y en gran parte de las naciones de Occidente se viene reconociendo legalmente este derecho. Al respecto, la Corte Suprema (2018), rol 70584-2016, sentencia recurso de casación sobre solicitud de cambio de nombre y sexo, considerando 8.°, afirma: "Por tanto, queda claro que las obligaciones internacionales que Chile ha contraído abarcan la prohibición de discriminación por identidad de género, incluyendo el derecho a la salud, integridad física y psíquica y la privacidad. En consecuencia, el Estado deberá facilitar el cambio de nombre y sexo registral, sin condicionamiento a una intervención quirúrgica o un tratamiento hormonal".

[65] Del Real Alcalá (2013), pp. 200-201.

[66] La identidad cultural se fundaría en la consabida concepción liberal de la dignidad humana, a saber, "la idea moral universal de autonomía o independencia moral de la persona". De ahí nace la libertad de autoidentificación cultural de la persona, sobre la base de su autonomía o independencia moral como libertad de elección cultural; la libertad para racionalizar y razonar la vida propia y la vida con los demás; la libertad para expresar los sentimientos y afectos personales, familiares y colectivos a través de valores, eventos y símbolos de creación y racionalización que la persona estime como propios; la igualdad de todas las personas (en virtud de su igual dignidad) para realizar, y en las mismas condiciones, las libertades culturales. Del Real Alcalá (2013), pp. 190 y 196-197.

Los derechos de "identidad cultural" se viene recogiendo con especial acento en los "colectivos" de los llamados pueblos indígenas y tribales.

Nos encontramos en este plano con la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas que consagra, derechos de los "pueblos", pero con una finalidad potencialmente subversiva respecto de los Estados nacionales construidos en torno al Estado de derecho liberal y social clásico. Esa inspiración los distingue de los colectivos de la tercera generación. Se trata, en rigor, de sedicentes derechos conflictivos. Se reconoce a los "indígenas" como titulares de todos los derechos humanos no solo como personas individuales, sino como "pueblos" (art*ículo* 1). Por esta razón, tienen derecho a la igualdad respecto de todos los demás pueblos y personas (art*ículo* 2), a la libre determinación política, al autogobierno en las cuestiones locales y al desarrollo económico, social y cultural (art*ículo*s 3 y 4), el derecho colectivo a vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos (artículo 7), el derecho a practicar y revitalizar su propia cultura, espiritualidad, tradiciones, filosofías, sistemas de escritura e idiomas (artículos 11, 12 y 13), el derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos (artículo 18), etcétera[67].

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sigue la misma línea, pero profundiza en los elementos conflictivos. Como derechos de los "pueblos" asimilables a los de tercera generación aparecen: el goce pleno de todos los derechos humanos para los individuos y pueblos indígenas (artículo V), al desarrollo y a la paz (artículo XXIX y XXX), a la protección de un ambiente sano (artículo XIX) y toda aquella serie de "derechos colectivos indispensables para la existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos" (artículo VI). Pero, con otro tipo de inspiraciones, se consagran otra clase de "derechos" colectivos: a la identidad cultural, a la propia espiritualidad y el rechazo a la asimilación (artículos XIII, XVI y X), a la salud ancestral (artículo XVIII), a las tierras, territorios y recursos (artículo XXV), al autogobierno, al propio derecho y jurisdicción indígena (artículos XXI y XXII), a la igualdad de género (artículo VII), entre otros[68]. Estos últimos derechos no se entienden desde el horizonte de la solidaridad entre los pueblos, sino desde la reivindicación de la identidad

[67] Naciones Unidas (2008). Suelen agruparse en tres grandes grupos: derechos colectivos a la libre determinación o a un estatus político de una autonomía tal que permita a estos pueblos afirmar y preservar su identidad; derechos colectivos a la tierra y recursos naturales, comprendiéndose entre estos últimos los recursos pesqueros y del subsuelo, así como la protección del ambiente y de la biodiversidad de sus territorios; derechos relativos a la conservación y desarrollo de su cultura, lo que incluye, entre otros aspectos, el uso, tanto de preservación como de difusión de su historia, idiomas, tradiciones, filosofías y religiones, medicina tradicional, artes y deportes. Zalaquett (2008), p. 140.

[68] Organización de Estados Americanos (2016a). Véase, asimismo, Organización de Estados Americanos (2016b), pp. 75-82.

y la diferencia en clave de conflicto con el "otro" que ahora figura como "opresor": el ciudadano común, el Estado y eventualmente otros pueblos[69].

Estas declaraciones sobre los "pueblos" orillan la categoría de Estado-nación, pues hay "pueblos" infraestatales y paraestatales. Con amplitud consagran como titulares de derechos a los pueblos "indígenas" y "tribales".

En Hispanoamérica, la Constitución de Bolivia y Ecuador han reconocido los derechos colectivos de los pueblos indígenas al interior de sus Estados nacionales, inspirados en la ideología de la plurinacionalidad, que, a su vez, se inserta en las llamadas "epistemologías del sur". El proyecto de Constitución chilena radicalizaba esta postura, pero fue rechazado en el plebiscito del día 4 de septiembre de 2022.

¿Qué significado tiene aquí la plurinacionalidad?

Ideológicamente, la plurinacionalidad se construye a partir de dos relatos: el *liberal-republicano* y el *indigenista*.

El relato *liberal-republicano* tiene que ver con la leyenda negra que construyeron las repúblicas hispanoamericanas para renegar de su pasado monárquico e hispánico, una vez consumada la secesión con la Península. La historiografía liberal del siglo XIX concibió la etapa virreinal no como una etapa de génesis de los pueblos hispanoamericanos, de gran riqueza política y cultural, sino como un periodo colonial, de sujeción oscura, que había que denostar, partiendo desde cero. Este relato, digamos, mítico, autodestructivo, del propio pasado, justificó la balcanización de la antigua monarquía católica, universal, en una veintena de repúblicas contendientes e inestables, que dieron nacimiento, en general, a una multiplicidad de Estados fallidos. Solo Brasil y Chile conocieron la relativa estabilidad política durante el siglo XIX.

A pesar de que la historiografía del siglo XX demostró la carencia de bases del relato republicano liberal, este siguió enseñándose en las escuelas, introduciendo en el mundo hispanoamericano esa esquizofrenia identitaria tan característica: el vivir renegando del pasado político y cultural de tres siglos, compartiendo, empero su lengua, vocación y temperamento.

Por su lado, el relato *indigenista* parte del relato *liberal-republicano*, haciéndolo suyo. Pero da un paso más. No solo el pasado llamado "colonial" es algo de lo que hay que sentir vergüenza; tres siglos para tirar por la borda. También se debe renegar del periodo republicano. "No son treinta pesos, son quinientos años" decía el eslogan indigenista para el llamado "estallido social" chileno del año 2019.

Hay que destacar que el indigenismo es una corriente nacida principalmente entre blancos europeos cultos que no son indígenas, para hablar sobre

[69] Con atención particular a los pueblos indígenas, Faundes (2020), pp. 9-356 y Ruiz (2007), pp. 193-239.

qué es lo mejor para los indígenas, incluso para definir quienes son y qué los identifica. Es probablemente Franz Tamayo, en su "creación de la pedagogía nacional" de 1910, quien señala el nacimiento del indigenismo cultural. Propone crear la conciencia nacional boliviana a partir de la valoración de una nación indígena suprema que habría pervivido a todo lo europeo, a todo lo criollo, a todo lo mestizo[70].

Los esfuerzos de esta ideología van destinados a crear la imagen de unos pueblos indígenas que antes de la llegada de los españoles no conocían la miseria ni la maldad, y que vivían en armónica relación con la naturaleza y con los otros pueblos. Imaginario que no tiene base histórica ni científica alguna. De hecho, el mundo precolombino estaba compuesto por un conjunto de pueblos que contendían entre sí, que se conquistaban y esclavizaban unos a otros. Tampoco conocían la unidad política. En el caso de Chile, la génesis de la nación se inicia con Pedro de Valdivia, no con los pueblos amerindios que se trasladaban por el territorio antes de la fundación de Santiago del Nuevo Extremo el año 1541.

Volviendo a la ideología indigenista, hay que connotar que fueron los *latin american studies* de las élites académicas estadounidenses los que transformaron el indigenismo cultural en indigenismo político. Aparecen, entonces, los conceptos de autodeterminación e identidad política, junto a planes pilotos para llevarlos a cabo, coordinados por el Instituto Indigenista Latinoamericano, con apoyo de la UNESCO y de la OEA, a partir del año 1961.

Los *latin american studies* cuentan la historia de Hispanoamérica desde el punto de vista de una realidad preexistente que serían los pueblos precolombinos –ahora llamados "originarios"– a los que se identifica de forma ficticia con los países que se forman con posterioridad. Perú sería la continuidad de los incas, y Chile la continuidad de los mapuches. El gran mal, el cáncer histórico, en el intertanto, sería la presencia europea española, puramente colonial, y luego la republicana blanca y mestiza, en esencia alienantes. El indigenismo político reivindica la necesidad de despojarse de la identidad hispánica y republicana a fin de recuperar la identidad previa, manipulada y estropeada por los blancos europeos y sus descendientes. Hay que quitarse, dicen, esa costra europeizante, occidental, para recuperar el ser y la identidad ancestral, adulterados por la opresión y la imposición cultural.

Esto implica, obviamente, negar siglos de mestizaje activo. Durante los tres siglos de la época virreinal, la demografía demuestra lo escaso que eran los españoles y lo gravitante que fue el mestizaje para la cultura hispánica. De hecho, en Chile, no se puede hablar propiamente de indígenas en estado puro, sino de mestizos con mayor o menor grado de sangre indígena. La interacción

[70] Tamayo (2022), pp. 11-175.

e intensificación del mestizaje es innegable durante los siglos XVII y XVIII. Salvo el caso de los fueguinos o los rapa nui durante el siglo XIX, no existe la homogeneidad racial en los pueblos indígenas. El indigenismo político lo sabe, y por ello establece en las legislaciones hispanoamericanas (y en el artículo 162.2 de la fracasada propuesta constitucional chilena) el criterio basal de la "autoidentificación" para formar parte de una "nación" indígena, y no el criterio de la comunidad de sangre y de cultura. Se trata de disgregar la nación, no de reconocer el aporte real de los pueblos indígenas.

Además del mestizaje, el indigenismo político niega una premisa política incontrovertible: la monarquía hispánica existió porque supo aliarse con los pueblos indígenas. De ahí nació la cultura integradora del barroco indiano, donde lo hispánico sumó lo indígena. Incluso, en el caso extremo de la belicosidad, en el Chile llamado de "Flandes indiano", también se alcanzó –a su modo– esa integración. Situación que llegó hasta la República[71].

El indigenismo político habla, en cambio, de "colonialismo", no solo político, sino cultural y constitucional. Sostiene que la colonia nunca ha desaparecido de Latinoamérica, porque primero la llevó a cabo el dominador español y después el burgués capitalista. A los pueblos indígenas se les habría impuesto durante siglos un colonialismo que incluye: la religión cristiana, la lógica occidental, la lengua española, la cultura barroca, el derecho republicano y el modo de pensar grecorromano, elementos todos de los que hay que deshacerse. Para rechazar estos elementos el portugués Boaventura de Sousa y el argentino Enrique Dussel formulan las "epistemologías del sur", de las que parte la necesidad de descolonización constitucional y cultural, dado que los "oprimidos" y los "excluidos" de América han debido enfrentar cinco siglos de violencia sistemática por parte del "colonialismo, el capitalismo y el patriarcado[72].

Precisamente, la plurinacionalidad es un dispositivo constitucional del indigenismo político. Su exposición más o menos desnuda puede encontrase en los escritos del ideólogo de Evo Morales y exvicepresidente de Bolivia, Álvaro García Linera[73]. También en el citado Boaventura de Souza, quien fue invitado por la Convención Constitucional chilena a deponer sobre el signi-

[71] En el Parlamento de Tapihue de 1825, citado (mal citado) por el presidente Gabriel Boric en su cuenta pública del año 2022, suscribió el tratado, en representación de los caciques mapuches, el lonko y toki Francisco Mariluán. Pues bien, Francisco Mariluán fue un líder mapuche católico, fiel a los ejércitos del rey de España, quien aportó durante catorce años importantes tropas al ejército de chilenos realistas. Y es que lo hispánico fue cultura de integración. Y la nación chilena nació de ahí, de sangre española y de sangre indígena. Por eso el Tratado de Tapihue de 1925 habla de la "gran familia chilena" (n.° 1). Véase Biblioteca Nacional de Chile.

[72] Sousa (2018), pp. 33-343; Sousa *et al*. (2021), pp. 41-408; Dussel (2014), pp. 199-268;

[73] García (2015), pp. 9 -201; García (2008), pp. 193-268; García (2014), pp. 10-75; García (2011), pp. 7-74.

ficado de la plurinacionalidad, ocasión en que instruyó a los convencionales indigenistas y de extrema izquierda sobre sus principios y diversos alcances[74].

La plurinacionalidad, irrigada por la ideología del indigenismo político, configura la estructura política en la Constitución boliviana y en la ecuatoriana (entre otros, artículos 1, 2, 3 y 5 de la primera; artículos 1, 2, 4 y 10, 257 y 380 de la segunda).

En la Propuesta de Constitución de la República de Chile de 2022 la idea de plurinacionalidad se encontraba en varias disposiciones basales[75].

Que el Estado sea "plurinacional" e "intercultural" significa que hay una nueva forma de organizar el Estado, de estructurar el poder político, de estatuir la república. Ya no es una sola nación que ha integrado en su trayectoria las diversas culturas indígenas y no indígenas. Por eso la (fracasada) propuesta constitucional chilena no organizaba el Estado sobre la base de una sola nación –la chilena– ni edificaba la república en torno a un derecho nacional, común a todos. El Estado se organizaba en torno a doce naciones (una, digamos, general, y las otras indígenas), cuyo número podía ser ampliado por ley, pues quedaba abierta la posibilidad de construir sucesivas identidades colectivas. El ordenamiento jurídico también se fragmentaba en al menos doce sistemas jurídicos (artículo 309.1) y doce jurisdicciones (artículos 307.2 y 322).

No importa que varios de los pueblos indígenas mencionados en el artículo 5.2 del proyecto de Constitución se encontraran extintos. O que no existan, tampoco, como tales, pues sus descendientes viven, en general, insertos en la vida nacional y en la cultura contemporánea. Por ello mismo, no poseen un derecho propio. El indigenismo político al designar a estos "pueblos o naciones" les crea un imaginario; les trata como un sujeto colectivo autónomo y como comunidades étnicas de raza homogénea, no "contaminadas" por el mestizaje, petrificadas en el pasado. Emergen a la historia en el siglo

[74] Puede verse su exposición en la sesión 10 de la Comisión de Principios Constitucionales, el 11 de noviembre de 2021. Véase www.youtube.com/watch?v=mxt3L92VocA&t=1445s [fecha de consulta: 30 de julio de 2022].

[75] Entre otras disposiciones, el artículo 1.1 disponía: "Chile es un Estado [...] plurinacional, intercultural, regional". El vínculo con el indigenismo político se explicitaba en el artículo 5 que establecía: "1. Chile reconoce la coexistencia de diversos pueblos y naciones en el marco de la unidad del Estado. 2. Son pueblos y naciones indígenas preexistentes los Mapuche, Aymara, Rapanui, Lickanantay, Quechua, Colla, Diaguita, Chango, Kawésqar, Yagán, Selk'nam y otros que puedan ser reconocidos en la forma que establezca la ley. 3. Es deber del Estado respetar, promover, proteger y garantizar el ejercicio de la libre determinación, los derechos colectivos e individuales de los cuales son titulares y su efectiva participación en el ejercicio y distribución del poder, incorporando su representación política en órganos de elección popular a nivel comunal, regional y nacional, así como en la estructura del Estado, sus órganos e instituciones". Véase www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/ 2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

XXI por obra y gracia de la propuesta constitucional. Reaparecen como si poseyeran una esencia purísima, guardada durante quinientos años, merecedoras ahora de autonomía política. Incluso, con representantes que ni siquiera hablan las lenguas o dialectos originales, ni conocen la "cultura ancestral".

Esa esencia purísima no contaminada con los males de la civilización hispánica, europea y republicana es lo que les da derecho a tener los nuevos derechos colectivos, partiendo por la libre determinación política y cultural fijada en los artículos 5.3 y 34 de la propuesta constitucional. Se trata de entidades "preexistentes" dice el texto (algo así como existir con preexistencia), con derecho a "autonomía" y "autogobierno", con derecho a poseer territorios propios denominados "autonomías territoriales indígenas" (artículos 234 y 235), que tendrían que establecerse sobre el territorio de los demás chilenos.

Se proyectaba que dentro de aquellos territorios, las "naciones y pueblos indígenas" no solo tendrían autonomía política, administrativa y financiera, que es lo que corresponde al resto de las entidades territoriales autónomas (regiones y comunas autónomas). También tendrían autonomía jurídica (su propio derecho), autonomía jurisdiccional (sus propias autoridades jurisdiccionales) y eventualmente su propio sistema económico. Como Boaventura de Sousa planteó a los convencionales chilenos, se trataba de que al lado del sistema capitalista convivieran territorios con sistemas económicos colectivistas, indigenistas, feministas, socialistas, etcétera[76].

Si se hubiera seguido esta lógica, en cada autonomía territorial indígena tendríamos: libre determinación, autonomía, autogobierno, protección de tierras, territorios y recursos, en su dimensión material e inmaterial (artículo 34), reconocidos como derechos "colectivos" (e individuales) (artículos 5.3, 18.2, 34). En este punto, se pueden enumerar, al menos, veintidós derechos colectivos e individuales que se entregaban a los pueblos y naciones indígenas y sus miembros, derechos que, sin embargo, no eran reconocidos al resto de la población[77]. Los pueblos y naciones indígenas, como colectivos de creación constitucional, tenían, además, derecho a la sobrerrepresentación a través de escaños reservados en todos los órganos de representación popular en el ámbito nacional, regional y comunal (artículo 162.1); en la Cámara de Diputadas y Diputados (artículo 252.3); en el Consejo de Justicia (artículo 344) o en una futura asamblea constituyente (artículo 387.1).

La "plurinacionalidad" se convertía en un instrumento para balcanizar Chile, disolviendo la nación en distintas unidades autónomas, que podrán des-

[76] Véase el video citado de la sesión 10 de la Comisión de Principios Constitucionales.

[77] Pueden verificarse al respecto los derechos enunciados en los artículos 5.3, 11, 18.2, 14.3, 34, 36.5, 58, 65.1, 66, 79.1, 79.4, 96.3, 100, 162.1, 162.2, 191, 235, 252.3, 269.1, 283.1, 344.1, 387.1, del proyecto constitucional rechazado.

encajarse o contender entre sí bajo el empuje de diversas fuerzas centrífugas. Los "derechos colectivos" que se entregaban a las once naciones o pueblos indígenas se traducían en exigencias para disolver el presente y el pasado común, rumbo a un futuro construido a partir de un imaginario retroceso histórico de cinco siglos. El proyecto de Constitución chilena representaba el más radical modelo de "derechos colectivos" de los "pueblos" a desvincularse de su propio ser, a fin de volver a un utópico, primitivo y supuesto pasado ancestral[78].

A pesar del fracaso de la propuesta, el derrotero –con los susodichos derechos como puntales– ha quedado abierto no solo en Chile, sino en el conjunto de países hispanoamericanos[79].

A modo de conclusión

Las generaciones de derechos, como oleadas tormentosas, han hecho emerger unos "derechos nuevos" que suponen la negación del orden natural y de la civilización cristiana. Se pueden agrupar, como indicamos, en cuatro clases o géneros, que, sin embargo, comparten, una misma negatividad disolvente:

i) Derechos a la "identidad" individual, con los que se pretende consumar la "emancipación" respecto de la naturaleza humana, del estatuto ontológico de la persona y del bien (el *bonum rationis*, como finalidad perfectiva de aquella). En parte, constituyen una exasperación del ideario liberal de los de primera generación, a los que se agrega la malignidad de las filosofías posestructuralistas, bajo cuyos moldes se desarrollan las ideologías que alimentan estos derechos. Ello se realiza con particular énfasis en los denominados "derechos sexuales y reproductivos" y sus homólogos (de género, de las diversidades / disidencias sexuales).

   Estos sedicentes derechos tienen una proyección espantosa para impedir la práctica social de las virtudes cardinales, particularmente de la templanza y de la justicia. Asimismo, impiden el ejercicio de la educación y la ascética cristiana, claves para el señorío sobre los sentidos y el propio cuerpo, cuya necesidad también destacaba la filosofía antigua, con particular profundidad Platón y Aristóteles.

[78] Alvear (2022), pp. 11-15.

[79] A pesar de que no figura en la actual Constitución chilena y supera en mucho los marcos de la Ley n.º 19253, que establece normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas (1993) (ley indígena), el actual gobierno de Chile, a través del Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, promueve una guía de derechos de pueblos indígenas y tribal afrodescendiente, en forma de libro impreso y digital, de nítida orientación indigenista y plurinacional. Véase Gobierno de Chile (2020).

ii) Derechos a la "identidad cultural", que, registrados como derechos colectivos de los pueblos indígenas, rompen, no obstante, con los esquemas de los de tercera generación. Buscan desvincular a las agrupaciones humanas de las proyecciones y exigencias de la naturaleza social del hombre y de toda noción de bien común como criterio perfectivo de la sociedad humana. En el contexto de los Estados americanos, se formulan como dispositivos de implosión de la unidad nacional y de denigración de la obra cristianizadora y civilizadora de la hispanidad. Estos derechos van encaminados a hacer perecer los restos sobrevivientes de la tradición.

iii) Derechos de la naturaleza y de los animales, como titulares, con devaluación de corte muchas veces panteísta e, incluso, animista del estatuto ontológico de la persona humana,y su dignidad como criatura racional.

iv) Derechos transhumanos, con la consecuente disolución de la identidad específica de la naturaleza del hombre como imagen de Dios.

Bibliografía

Alvear Téllez, Julio (2017): *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral* (Valencia: Tirant lo Blanch).

Alvear Téllez, Julio (2018): *La crítica al discurso de los derechos humanos. El origen* (Valencia: Tirant lo Blanch).

Alvear Téllez, Julio (2022): "Plurinacionalidad, indigenismo y otros principios erráticos: hacia la disolución de Chile", en Alvear, Julio *et al.*, *Análisis y nudos críticos de la propuesta de nueva constitución* (Santiago: Universidad del Desarrollo, Facultad de Derecho).

Alvear Téllez, Julio (2022): *Propiedad privada y libertad de empresa: derechos fundamentales. Aspectos constitucionales y filosóficos* (Valencia: Tirant lo Blanch).

Ayuso, Miguel (ed.) (2019): *Transhumanismo o poshumanidad. La política y el derecho después del humanismo* (Madrid: Marcial Pons).

Bailón Corres, Moisés Jaime (2009): "Derechos humanos, generaciones de derechos, derechos de minorías y derechos de los pueblos indígenas; algunas consideraciones generales", *Derechos Humanos México*, vol. 4, n.° 12. Disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/r28614.pdf [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

Balbín, Carlos (2007): C*urso de derecho administrativ*o (Buenos Aires: La Ley).

Bonet de Viola, Ana María (2016): "Consecuencias de la clasificación de los derechos humanos en generaciones en relación a la justiciabilidad de los derechos sociales", *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB*, vol. 46, n.° 124: pp. 17-32.

Burchell, Graham *et al*. (ed.) (1991): *The Foucault Effect: Studies in Governmentality with Two Lectures and an Interview with Michel Foucault* (Chicago: University of Chicago Press. Chicago).

Butler, Judith (1990): *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity* (New York/London: Routledge).

Butler, Judith (1993): *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of "Sex"* (New York/London: Routledge).

Cassagne, Juan Carlos (2016): "Los nuevos derechos y garantías", *Revista de Investigações Constitucionais,* vol. 3, n.° 1.

Correas, Óscar (1992): "Los derechos humanos subversivos", *Revista Jurídica Jalisciense*, año 2, núm. 4.

Del Real Alcalá, Alberto (2013): "El derecho a la identidad cultural: criterios de fundamentación", *Derechos y Libertades*.

Derrida, Jacques (1967): *De la grammatologie* (Paris: Les Éditions de Minuit).

Dussel, Enrique (2014): *Filosofías del sur y descolonización* (Buenos Aires: Docencia).

Faundes, Juan Jorge (ed.) (2020): *Derecho fundamental a la identidad cultural. Abordajes plurales desde América Latina* (Santiago: Ril Editores).

Fischer-Lescano, Andreas & Möller, Kolja (2012): *Der Kampf um globale soziale Rechte: Zart wäre das Gröbste* (Berlin: Wagenbach).

Focault, Michel (1981): "The order of discourse. Inaugural lecture at the College de France, given 2 December 1970", in Young, Robert (ed.), *Untying the Text: A Poststructuralist Reader* (Boston: Routledge & Kegan Paul).

García Linera, Álvaro (2008): *La potencia plebeya. Acción colectiva e identidades indígenas, obreras y populares en Bolivia* (Buenos Aires: Clacso).

García Linera, Álvaro (2011): *Las tensiones creativas de la Revolución. La quinta fase del proceso de cambio* (La Paz: Vicepresidencia del Estado).

García Linera, Álvaro (2014): *Identidad boliviana. Nación, mestizaje y plurinacionalidad* (La Paz: Vicepresidencia del Estado).

García Linera, Álvaro (2015): *Comunidad, socialismo y Estado plurinacional* (Santiago: El Buen Aire).

Gómez Sánchez, Yolanda (2004): "Estado constitucional y protección internacional", en Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (México DF: Comisión Nacional de los Derechos Humanos).

González Álvarez, Roberto (2008): "Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación": pp. 1-2. Disponible en https://web.archive.org/web/20070929075211/http://www.sopecj.org/rgaddhh.pdf [fecha de consulta: 7 de noviembre de 2022].

Guerrero Martínez, Rodolfo (2020): "Derechos humanos de cuarta generación y las tecnologías de la información y de la comunicación", *Revista de Derechos Fundamentales a Debate*, n.° 12.

López, Hernán; Pérez, Alejandra (2020): *Derechos sociales y reproductivos* (Santiago: Academia Judicial de Chile, material docente n.° 3).

Pérez Luño, Enrique (1990): *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución* (Madrid: Tecnos, tercera edición).

Pérez Luño, Enrique (1991): "Las generaciones de derechos humanos", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 10.

Pérez Luño, Enrique (1998): *Los derechos fundamentales* (Madrid: Tecnos, tercera edición).

Ramaswamy, Vivek (2021): *Woke, Inc.: Inside Corporate America's Social Justice Scam* (New York/Nashville: Center Street).

Ruiz Chiriboga, Oswaldo (2007): "El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* vol. 118.

Sánchez Ferriz, Remedio (2001): "Generaciones de derechos y evolución del Estado", en Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), *Los derechos humanos en Europa* (Madrid: UNED).

Segovia, Juan Fernando (2004): *Derechos humanos y constitucionalismo* (Madrid: Marcial Pons).

Sousa, Boaventura de (2018): *Construyendo las epistemologías del sur. Antología esencial* (Buenos Aires: Clacso / Fundación Rosa Luxemburgo), vol. II.

Sousa, Boaventura de *et al*. (2021): *Descolonizando el constitucionalismo* (Madrid: Akal).

Tamayo, Franz (2022): *Creación de la pedagogía nacional* (Barcelona: Linkgua Pensamiento).

Yarza, Simón (2020): *Derechos fundamentales. Lineamientos* (Cizur: Thomson Reuters/Aranzadi).

Vasak, Karel (ed.) (1984): *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos* (Barcelona: Serbal-UNESCO), vol. I.

Zalaquett, José (2008): "La Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas", *Anuario de Derechos Humanos 2008*. Disponible en www.corteidh.or.cr/tablas/R21366.pdf [fecha de consulta: 7 de noviembre de 2022].

Otros documentos

Biblioteca Nacional de Chile: "Parlamento de Tapihue de 1825", en *Tratados celebrados y firmados entre el coronel graduado de los ejércitos de la República [...] Pedro Barnachea [...] y Francisco Mariluán* [...], Sala Medina E. G. 6-82 (439).

Comisión Europea (2015): *Manual de educación en los derechos humanos con jóvenes.* Disponible en www. coe.int/es/web/compass/the-evolution-of-human-rights [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2022].

Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (2001): *Teoría general de los derechos humanos*. Disponible en: https://sgg.edomex.gob.mx/sites/sgg.edomex.gob.mx/files/files/Comite_de_Etica/3%20TEORIA%20GENERAL%20EN%20MATERIA%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf [fecha de consulta: 4 de noviembre de 2022].

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (2017): "Exhortación a todos los Estados a adoptar medidas integrales e inmediatas para respetar y garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres". Disponible en www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/20 17/165 [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2022].

Convención Constitucional (2021): "Comisión de principios constitucionales, sesión 10, 11 de noviembre de 2021". Disponible en www.youtube.com/watch?v=mxt3L92VocA&t=1445s [fecha de consulta: 30 de julio de 2022].

Convención Constitucional (2022): *Propuesta de Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf [fecha de consulta: 7 de septiembre de 2022].

Gobierno de Chile (2020): *Guía de derechos de pueblos indígenas y tribal afrodescendiente*. Disponible en www.patrimoniocultural.gob.cl/sites/www.patrimoniocultural.gob.cl/files/images/articles-98778_archivo 01.pdf [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2022].

Institute of Medicine (2011): *"The Health of Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender People: Building a Foundation for Better Understanding", Committee on Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender Health Issues and Research Gaps and Opportunitie* (Washington DC: National Academies Press).

New York State, Division of Human Rights (2022): *Guidance on protections from gender identity discrimination under the New York Human Rights Law.* Disponible en https://dhr.ny.gov/system/files/documents/ 2022/04/nysdhr-genda-guidance-2020.pdf [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2022].

Principios de Yogyakarta (2007): *Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género.* Disponible en http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_sp.pdf [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2022].

UNHCR-ACNUR (2017): "Cuáles son los derechos humanos de tercera generación?". Disponible en: https://eacnur.org/blog/derechos-humanos-tercera-generacion-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/ [fecha de consulta 5 de noviembre de 2022].

Documentos de organismos internacionales

Naciones Unidas (1990): "Observación general n.º 15: necesidad de evitar la discriminación contra la mujer en las estrategias nacionales de acción preventiva y lucha contra el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA)". Disponible en www.

un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2022].

Naciones Unidas (1992): *Declaración sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. Disponible en www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-rights-persons-belonging-national-or-ethnic [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2022].

Naciones Unidas (1999): "Observación general n.° 24: artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer - La mujer y la salud", *Comité CEDAW*. Disponible en www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm [fecha de consulta: 3 de noviembre de 2022].

Naciones Unidas (2000a): "Observación general n.° 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales". Disponible en www.refworld.org.es/publisher,CESCR,GENERAL,,47ebcc492,0.html [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2022].

Naciones Unidas (2000b): "Observación general n.° 28: la igualdad de derechos entre hombres y mujeres". Disponible en: https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR %5D.html#GEN28 [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2022].

Naciones Unidas (2003): "Observación general n.° 5: medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)" Disponible en https://doctore.ohchr. org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsiQql8gX5Zxh0cQqSRzx6Zd2% 2FQRsDnCTcaruSeZhPr2vZQMqmhlfEo7plKbViUohP68AqgUKSq8kLJXMNTlpf9VZbzCJMclV3cDzt YhaQ2op [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2022].

Naciones Unidas (2008): *Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas*. Disponible en www.un. org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2022].

Naciones Unidas (2009): "Observación general n.° 20: la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales·. Disponible en www2.ohchr.org›bodies›cescr›docs [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2022].

Naciones Unidas (1976a): *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. Disponible en www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2022].

Naciones Unidas (1976b): *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*. Disponible en www.ohchr.org/es/ instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2022].

Organización de Estados Americanos (2016a): "Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas". Disponible en www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2022].

Organización de Estados Americanos (2016b): "Plan de acción sobre la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2017-2021)", en *Aprendiendo y enseñando sobre nuestros derechos: Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Disponible en www.oas.org/es/ sadye/documentos/DADPI.pdf [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2022].

Organización de la Unidad Africana (1981): "Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos". Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2022].

Organización Internacional del Trabajo: "Convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales". Disponible en www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/–americas/–ro-lima/documents/publication/wcms_3450 65.pdf [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2022].

Parlamento Europeo (2021): "Resolución de 24 de junio de 2021, sobre la situación de la salud y los derechos sexuales y reproductivos en la Unión, en el marco de la salud de las mujeres (2020/2215(INI)". Disponible en www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0314_ES.html [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2022].

United Nations (1994): "Report of the International Conference on Population and Development". Disponible en www.un.org/development/desa/pd/sites/www.un.org.development.desa.pd/files/icpd_en.pdf [fecha de consulta: 5 de noviembre de 2022].

World Health Organization (2002): "Defining sexual health. Report of a technical consultation on sexual health". Disponible en www.paho.org/hq/dmdocuments/2009/defining_sexual_health.pdf [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2022].

Normas

Ley n.º 19253 (1993), que establece normas de protección, fomento y desarrollo de los indígenas, 5 de octubre de 1993.

Ley n.º 21120 (2018), que reconoce y da protección al derecho a la identidad de género, 10 de diciembre de 2018.

Jurisprudencia

Corte IDH (2009): Perozo y otros vs. Venezuela, 28 de enero de 2009.

Corte IDH (2017): Opinión consultiva oc-24, 24 de noviembre de 2017.

Corte Suprema (2018): rol 70584-2016, solicitud de cambio de nombre y sexo, recurso de casación del 29 de mayo de 2018.

¿HACIA UN RECONOCIMIENTO NORMATIVO CONSTITUCIONAL EXPRESO DE LAS COMPETENCIAS SANCIONADORAS ADMINISTRATIVAS?

TOWARDS AN EXPRESS CONSTITUTIONAL REGULATORY RECOGNITION OF ADMINISTRATIVE SANCTIONING COMPETENCES?

Nicolás Enteiche Rosales[*]

Resumen: Este artículo contrasta la propuesta de Constitución de 2022 en lo tocante a las atribuciones sancionadoras administrativas, con las normas chilenas, colombianas, españolas y peruanas existentes en esta materia. Específicamente, se confronta el contenido de la fallida propuesta con los textos normativos de rango constitucional y legal, estos últimos generales y supletorios. Se propone que la elaboración de una ley general y supletoria sea lo que se debata en la materia, más que el establecimiento de este poder en normas constitucionales expresas.

Palabras claves: derecho constitucional, derecho administrativo, multa.

Abstract: This article contrasts the proposed Constitution of 2022, with national, Colombian, Spanish, and Peruvian regulations, regarding administrative sanctioning powers. Specifically, the content of the failed proposal is confronted with the normative texts of those countries' constitutional and legal rank, the latter general and supplementary. It is proposed that the debate on

[*] Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Desarrollo y de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctorando en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Becario Conicyt PFCHA/Doctorado Nacional/2019-21190461. Correo electrónico: nenteiche@udd.cl

the matter be located in the elaboration of general and supplementary law rather than establishing this power in express constitutional norms.

Keywords: Constitutional Law, Administrative Law, Fine.

Introducción

La sanción administrativa[1], o el resultado del ejercicio de una competencia sancionadora administrativa, es una categoría jurídica que ha sido estudiada profusamente[2]. Sin embargo, a pesar de la atención que ha recibido, las normas constitucionales chilenas han guardado silencio a su respecto. Ahora bien, de haberse aprobado el proyecto de nueva Constitución de 2022, esta clase de acto administrativo se habría potenciado debido a su inédito y vigorizado reconocimiento normativo expreso.

Al referirnos a las "normas expresas", queremos significar que nuestro análisis será primordialmente normativo[3]. De igual forma, pretendemos especificar que, dentro de la perspectiva normativa, nos apoyaremos en la clasificación de normas "expresas" e "inexpresas". La expresividad o explicitud de las normas apareja que ellas sean "formuladas –'emanadas' o 'promulgadas'" dentro de un documento normativo –o texto normativo–, mientras que las que no tienen esta complexión son derivadas de las primeras[4].

Con todo, serán objeto de nuestra revisión solo las normas constitucionales y legales que se apliquen de modo general y supletorio. Ello se explica por la supremacía que las normas constitucionales tienen sobre las legales, y debido a que solo las normas legales generales y supletorias se aplican en defecto de las normas legales especiales.

Finalmente, en este artículo buscamos sugerir la forma en que una eventual nueva Constitución debiera abordar las atribuciones sancionadoras administrativas.

---

[1] La sanción administrativa tiene notas distintivas. Estas son: materializarse en un acto decisorio desfavorable, emitirse a través de un procedimiento administrativo, expedirse por un sujeto que tiene potestades públicas administrativas y dirigirse –por regla general– a reprimir una conducta infraccional.

[2] En los últimos cinco años, en Chile se han publicado más de veinte libros o artículos científicos acerca de este tema.

[3] En Chile se han abordado las atribuciones sancionadoras administrativas a la luz del cambio constitucional. Se analizó el asunto en el trabajo de Gómez (2020). También existen comentarios sobre el particular, suscitados antes del trabajo de la Convención Constitucional –Enteiche (2021)– y durante la tramitación del fallido proyecto de Constitución de 2022 –Román (2022)–.

[4] Guastini (2017), pp. 60-61.

Con tal propósito:

I. Daremos cuenta del modo en que se pretendió configurar las atribuciones sancionadoras administrativas en el proyecto de Constitución de 2022;
II. Analizaremos la regulación normativa de las potestades sancionadoras administrativas en Chile y
III. Efectuaremos lo mismo respecto de tres casos comparados: Colombia, España y Perú, con miras a determinar la composición normativa de sus competencias sancionadoras administrativas.

I. Reconocimiento normativo expreso en el proyecto de Constitución de 2022

Las potestades sancionadoras administrativas no están constitucionalizadas expresamente. Sin embargo, a través del proyecto de Constitución de 2022 se pretendió cambiar esta realidad, texto que fue rechazado el 4 de septiembre de 2022. El proyecto, en su artículo 175.3 establecía este poder a modo general[5]; y los artículos 81.2[6], 128.2[7], 144.2 letra h)[8], 170.3[9], y 376[10], beneficiaban con esta potestad a los organismos administrativos en materia de consumo y ambiente, a la Agencia Nacional del Agua, a los organismos que deben velar

[5] El artículo 175.3 expresaba: "la ley establecerá la organización básica de la Administración pública y podrá conferir a sus órganos, entre otras, potestades normativas, fiscalizadoras, instructoras, interpretativas y sancionatorias. En ningún caso estas potestades implican ejercicio de jurisdicción".

[6] Consagraba el numeral referido: "el Estado protegerá el ejercicio de estos derechos, mediante procedimientos eficaces y un órgano con facultades interpretativas, fiscalizadoras, sancionadoras y las demás que le otorgue la ley".

[7] Señalaba la norma: "quien dañe el medioambiente tiene el deber de repararlo, sin perjuicio de las sanciones administrativas, penales y civiles que correspondan conforme a la Constitución y las leyes".

[8] El artículo 170 prescribía, en la parte pertinente: "la Agencia Nacional del Agua tiene las siguientes atribuciones: [...] h) Imponer las sanciones administrativas que correspondan, las que podrán ser reclamadas ante los tribunales de justicia".

[9] Mencionaba el artículo referido: "los órganos competentes deberán coordinar su actuar a través de las instancias y los mecanismos que correspondan para el cumplimiento de estos fines y perseguir la aplicación de las sanciones administrativas, civiles y penales que correspondan, en la forma que determine la ley".

[10] La norma establecía: "existirá un órgano autónomo denominado Agencia Nacional de Protección de Datos, que velará por la promoción y protección de los datos personales, con facultades de normar, investigar, fiscalizar y sancionar a entidades públicas y privadas, el que contará con las atribuciones, la composición y las funciones que determine la ley".

por erradicar la corrupción, y a la Agencia Nacional de Protección de Datos, respectivamente.

De haber prosperado el proyecto de Constitución de 2022, habría existido un expreso y reforzado poder sancionador en el ámbito constitucional. Esta consolidación habría ocurrido por la novel habilitación constitucional a los futuros legisladores para crear esta atribución punitiva, y debido a que, por sobre esta venia, una serie de organismos administrativos habrían sido dotados –también constitucionalmente– para ejercer esta clase de potestad.

De igual manera, el robustecimiento habría estado dado por la falta de vinculación explícita entre las competencias sancionadoras administrativas con los principios penales reconocidos en la misma propuesta de Constitución. Aún más, durante la tramitación del proyecto de Constitución de 2022 se excluyeron a las "garantías procesales penales mínimas" de las competencias sancionadoras administrativas –artículo 111–.

Lo anterior se ilustra a partir del principio de proporcionalidad en materia penal, el cual está presente en el fallido proyecto, pues se dispuso que la sanción debía ser "proporcional" a la infracción cometida –artículo 111 letra i)–. En un primer momento se acogió la idea de incorporar explícitamente a la proporcionalidad en el ámbito sancionador administrativo, dado que, en el Informe de Reemplazo del Tercer Informe de la Comisión de Sistemas de Justicia, se aceptó la siguiente indicación:

> "ámbito de aplicación de las garantías procesales. Las garantías procesales consignadas en los artículos precedentes son aplicables, en lo que sea pertinente, a toda clase de procedimientos judiciales, administrativos o de cualquier otra naturaleza".

Sin embargo, el pleno de la Convención Constitucional de 2022 rechazó este artículo. Entonces, de haberse aprobado el proyecto de Constitución de 2022, podría haberse argumentado que el principio de proporcionalidad y otros de raigambre penal –como la presunción de inocencia– no se aplican en esta materia porque fueron excluidos del texto constitucional.

II. Reconocimiento normativo en Chile

Las competencias sancionadoras administrativas ni han sido recogidas en las normas constitucionales ni en las legales –de rango general o supletorio–. Sin embargo, las normas constitucionales inexpresas, o aquellas que se derivan de normas expresas a partir del razonamiento de los intérpretes, han consolidado este poder. En esta materia, el desafío que impone una nueva Constitución es conocer las alternativas que se presentan en un nuevo proceso, teniendo presente la evolución constitucional chilena y de otros ordenamientos jurídicos.

En este punto corresponde que revisemos:

1 la falta de normas constitucionales explícitas y la carencia de una ley, de carácter general y supletorio, en materia sancionadora administrativa; y que más adelante,

2 perfilemos la aproximación de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional al efecto.

1. Carencia de normativa expresa

Las atribuciones sancionadoras administrativas no han sido descritas en los documentos constitucionales a través de normas expresas. En los textos normativos constitucionales pueden observarse otras tendencias: por una parte, existen normas expresas relacionadas con el poder de policía y, por otra, se separa de forma explícita la aplicación de competencias administrativas de la emisión de penas judiciales. Converge al anterior panorama la falta de una ley sancionadora administrativa, de carácter general y supletorio, que haya sido especialmente elaborada a efectos de regular a este poder.

Al comienzo de la vida republicana chilena, los reglamentos constitucionales tuvieron por vocación estructurar al naciente Estado y establecer algún modelo organizacional. De modo que, al tratar a los órganos administrativos, los reglamentos constitucionales tuvieron por finalidad permitir su acción a través de un título jurídico idóneo[11]. Lo que incentivó la propensión por establecer grandes poderes en las normas expresas, cuyos destinatarios eran las figuras más relevantes del incipiente aparato administrativo[12, 13].

A medida que el tiempo pasaba las normas se insuflaban de contenido sustantivo. Así, aparecen normas constitucionales expresas que permiten a distintos órganos administrativos alcanzar los más altos propósitos para el Estado, como lo es el orden público o la salubridad pública. Esta clase de normas surgen desde la Constitución de 1818. El modo de plasmar esta tipología de normas expresas es a través del establecimiento de la finalidad o el propósito que ellas buscan. Por ello, la descripción de estas atribuciones no implica consagrar un supuesto de hecho ni especificar una facultad expresa.

[11] Así lo acreditan las fuentes historiográficas dedicadas al asunto. Por ejemplo, Sergio Carrasco aduce: "el gobernante –pese a las circunstancias de la época– requirió un texto que fuera el título jurídico de su administración", Carrasco (2002), pp. 41-42.

[12] Las competencias entregadas al Director Supremo por el Reglamento Constitucional del año 1814 demuestran tal despliegue competencial. Expresa el artículo 2.°: "[...] sus facultades son amplísimas e ilimitadas, a excepción de tratados de paz, declaraciones de guerra, nuevos establecimientos de comercio, y pechos o contribuciones públicas generales, en que necesariamente deberá consultar y acordarse con su Senado".

[13] Vale prevenir que múltiples competencias ejercidas en el orden de la justicia indiana permanecieron en algunos órganos administrativos.

Ilustra lo anterior la disposición de la mencionada Constitución de 1818, la cual establecía que el Poder Ejecutivo, a través del Director Supremo tenía, entre otras "tantas atribuciones de su autoridad", la del "sosiego público" –artículo 5.°–. Más adelante se repite esta técnica, como acontece en la Constitución de 1822, la que prescribía que el Director Supremo: "cuidará de todo lo que conduzca a la conservación del orden público y seguridad del Estado" –artículo 106–. La Constitución de 1828 replica este modelo, al establecer que a los gobernadores locales les correspondía "mantener el orden en su territorio".

Esta tendencia se mantiene en las Constituciones de 1833 y 1925, arribándose al texto constitucional vigente. La Constitución de 1980, en su artículo 24, establece que al presidente de la República le compete el "gobierno y administración del Estado" –inciso primero–; precisándose que su autoridad alcanza la "conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República" –inciso segundo–.

A la par, los textos constitucionales se cuidan de que los órganos administrativos no lleven a cabo penas judiciales. Las Constituciones, por medio de normas prohibitivas, distinguieron lo uno de lo otro e impidieron que la Administración del Estado desarrollase labores propias de los tribunales de justicia. Lo administrativo corresponde a los poderes de policía, atribuciones que no pueden demudar en penas.

En concreto, la Constitución de 1822 señala que el ministro de Estado que firme una orden para privar de libertad a alguna persona: "ser[á] responsabl[e] a la Nación como de un grave atentado contra la seguridad individual" –artículo 117–. Más adelante, la Constitución de 1823 prohíbe al Director Supremo conocer materias judiciales "ni a pretexto de policía" –artículo 19 n.° 3–, y lo comanda a "jamás aplicar pena[s]" –artículo 19 n.° 4–. En las leyes federales de 1826 se deniega que el Gobernador Provincial pudiese "imponer castigo alguno, por su voluntad propia" –artículo 24 n.° 3–. Además, la Constitución de 1925 prescribe que, si las leyes fijaren penas relacionadas con la protección de algunos derechos, la aplicación de aquellas "se hará siempre por los Tribunales establecidos" –artículo 44 n.° 13–.

Por su parte, el proyecto de Constitución de 2022 no es el único que pretendió llevar las competencias sancionadoras administrativas a una norma expresa. Existe otro antecedente histórico para habilitar constitucionalmente a un órgano administrativo para aplicar una sanción. Mariano Egaña intentó consagrar esta clase de poder, a través de un voto particular, en el contexto de la elaboración de la Constitución de 1833.

Quiso introducir una competencia sancionadora administrativa, cuyo destinatario habría sido el Presidente de la República. El texto propuesto pretendía establecer una atribución en favor del Jefe de Estado, consistente en:

> "suspender a los empleados de la República, hasta por seis meses; i privarlos por el mismo tiempo hasta de dos terceras partes de su sueldo, por vía de castigo correccional. Pero, si el delito mereciere otra pena superior, se formará la correspondiente causa, i se pasará al tribunal competente para que el reo sea juzgado" –artículo 21 n.° 11 del voto particular–.

De modo que, de haber prosperado esta propuesta, se habría establecido un castigo correccional consistente en la suspensión o la privación del sueldo. En lo relevante, este texto confirmaba que estas sanciones eran similares a las penas, siendo la única diferencia entre ambas el mayor rigor de las sanciones que provienen de los delitos[14].

Ahora bien, la falta de normas constitucionales expresas es un fenómeno que se repite en el ámbito legal. En Chile, no existe alguna fuente normativa que se dedique a tratar las competencias sancionadoras administrativas de modo general y supletorio. Lo anterior se debe a que el legislador no ha retomado el esfuerzo por proveer algún documento normativo que se dedique, específicamente, a tratar las potestades sancionadoras administrativas. Si bien la doctrina ha hecho notar la falta de esta ley, y ha remarcado la necesidad acuciante de su emisión[15], no se ha tomado alguna acción en tal sentido. Demuestra lo anterior que el único antecedente en la materia sea el proyecto de ley n.° 3475-04, el que fue archivado el 4 de agosto de 2006[16].

2. Existencia de normativa inexpresa

Sin embargo, las potestades sancionadoras administrativas están reconocidas, pues las normas inexpresas así lo han asentado. Estas normas inexpresas se derivan del razonamiento de los jueces constitucionales y se generan a propósito del control de las leyes especiales sancionadoras.

---

[14] Interesante es tener en cuenta que parte de los motivos de la Convención, para no aceptar la propuesta, consistieron en que: "un ciudadano, por virtuoso que sea, no puede contar con su vida i su fortuna, si por la desgracia de desagradar a su Presidente o a su Ministro, de un momento a otro puede verse sumido en la indijencia o en la oscuridad de una estrecha prisión; las fórmulas i cuantas trabas quieran oponerse a la arbitrariedad serán débiles barreras que arrastrará consigo el influjo del Ministerio, i que quizá solo servirán para aumentar la ignominia del infeliz a quien se persigue [...]". Letelier (1901), pp. 137-138.

[15] Múltiples autores abogan por la existencia de esta ley. Entre ellos, Héctor Hernández es especialmente enfático, al expresar: "sería deseable, en todo caso, que las líneas maestras del derecho sancionatorio administrativo chileno se establecieran por Ley y no se fueran construyendo a saltos espasmódicos de instancias múltiples que responden a distintas orientaciones y agendas", Hernández (2011), p. 449.

[16] A través del referido proyecto de ley, se ideó regular un procedimiento sancionador administrativo, con pretensiones de generalidad y supletoriedad.

Esto acontece dado que las competencias sancionadoras administrativas están contenidas en leyes diversas, las que permiten la aplicación de una sanción. De forma que la génesis del ejercicio del poder sancionador se explica porque una ley habilita a un sujeto para tal fin. Dado que las atribuciones sancionadoras administrativas están dispersas en múltiples leyes, la suerte de las normas que establezcan a este poder dependerá de la configuración que se les dé por el legislador. Ahora bien, el Tribunal Constitucional, como intérprete de la Constitución, en ejercicio de sus facultades de control de las normas con rango legal, contrasta el texto constitucional con los legales, a fin de verificar que los últimos se sometan al primero. Esta atribución, en épocas pasadas, le empeció a la Corte Suprema.

Así pues, a partir del razonamiento de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional pueden derivarse normas inexpresas de rango constitucional, originadas en el ejercicio del poder de control constitucional sobre las leyes que consagran potestades sancionadoras administrativas. En efecto, estas normas han aceptado las competencias sancionadoras administrativas y las han ido moldeando a lo largo de décadas.

Los referidos tribunales han definido las sanciones administrativas, aun sin que exista una norma expresa al efecto. El Tribunal Constitucional ha distinguido las medidas que no tienen las características propias de esta especie de acto administrativo. Ocurre que los legisladores han dispuesto algunas atribuciones sancionadoras administrativas sin haberlas rotulado con tal nombre, lo cual permite que una medida llamada "sanción" por una norma no sea denominada del mismo modo por otra. Al no existir regulación constitucional ni legal –de carácter general y supletorio– que defina qué es una sanción administrativa, los principios y garantías que tienen lugar de existir una sanción administrativa quedan entregados a la suerte de la nominación efectuada por los legisladores especiales. De modo que el aporte del Tribunal Constitucional en este punto está en definir a las propiedades que conforman las sanciones administrativas.

El Tribunal Constitucional ha ido construyendo y delimitando las características de una sanción administrativa, a este efecto ha considerado:

> "la sanción administrativa es un acto administrativo, que se dicta después de un procedimiento administrativo, a consecuencia de una infracción de bienes jurídicos de naturaleza administrativa […]"[17].

Esta aproximación ha sido desarrollada en otras sentencias. Desde un concepto ceñido de sanción administrativa, se ha elegido descartar o incorporar a algunas medidas en esta categoría. Por ejemplo, se optó por darle primacía al carácter desfavorable de la medida y calificar como una sanción administrativa la inhabi-

[17] Tribunal Constitucional (2013), rol 2.264-2012, considerando trigésimo tercero.

lidad de contratar con el Estado[18]. Por su parte, fruto de una aproximación laxa al concepto de sanción administrativa, se razonó que la pena administrativa también comprende al interés moratorio por no pagar obligaciones tributarias morosas[19].

A más, las decisiones judiciales han sumado principios penales al acervo de las potestades sancionadoras administrativas. La Corte Suprema, ya en el año 1965, en conocimiento de la original inaplicabilidad por inconstitucionalidad, incorporó ciertos principios de raigambre penal a esta clase de atribuciones. Ilustra lo anterior lo ocurrido a propósito del artículo 11 de la Constitución de 1925, el cual reza: "nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio". Con motivo del citado artículo 11, el máximo tribunal razonó que el principio de irretroactividad es aplicable en el derecho administrativo sancionador[20].

Misma tendencia se inauguró al amparo del artículo 19 n.° 3, inciso sexto, de la Constitución de 1980, el que señala:

> "toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

A partir de esta norma expresa, y fruto de otras concurrentes, el Tribunal Constitucional afirmó que otros principios se adicionan a este tema.

A modo de ejemplo, en cuanto a los principios adjetivos o procedimentales, se ha precisado que el debido proceso sancionador presenta particularidades en el derecho administrativo. Así, se ha declarado inaplicable una norma que condiciona al principio de contradictoriedad en sede administrati-

[18] En este caso se remarcó que una medida es una sanción administrativa si consiste en una "consecuencia [m]arcadamente negativa o desfavorable". De igual modo, un aspecto relevante consistió en la admisión por parte del Ejecutivo. Se expresó en la sentencia: "el Ejecutivo reconoce expresamente que [...] la medida contemplada en el Precepto Impugnado contiene una sanción que puede ser aplicada a los empleadores que incurran en un ilícito [...]" (fojas 2854). Tribunal Constitucional (2021), rol 9.930-2020, considerando octogésimo.

[19] Se argumentó que la medida es una "sanción o pena que opera por el solo ministerio de la ley y sin más trámites". Tribunal Constitucional (2020), rol 8.870-2020, considerando cuarto. Por su parte, la disidencia cuestionó que se empleara una definición amplia de sanción administrativa, precisamente se expresó: " [...] no resulta siempre claro el concepto de sanción administrativa que se está reprochando. Por lo mismo, parece necesario distinguir la noción de sanción en un sentido lato, respecto de sanción en un sentido técnico o estricto [...] la sanción administrativa en sentido estricto solo es posible concebirla como un acto administrativo desfavorable, dentro de un procedimiento específico con la finalidad de proteger bienes jurídicos de naturaleza administrativa y cuya consecuencia es la imposición de una sanción propiamente tal prevista por el legislador. En consecuencia, no es posible desagregar en la obligación tributaria dos actos como si fuera una sanción administrativa".

[20] Corte Suprema (1965), Alessandri Rodríguez con Poulsen Baeza.

va[21], y se ha expulsado otro precepto por la carencia de una audiencia administrativa previa[22]. De igual modo, respecto de los principios sustantivos, se ha precisado que el principio de proporcionalidad implica que la norma legal especial deba disponer de elementos para graduar la sanción administrativa[23].

Las normas expresas de las cuales se derivan las normas inexpresas no tuvieron como principal propósito proteger a quienes se vieran aquejados por sanciones administrativas; al contrario, están dirigidas a los afectados por las penas, entendidas como actos jurídicos emanados de un tribunal de justicia con competencia en asuntos criminales.

Sin perjuicio de lo anterior, los tribunales que controlan esta clase de atribuciones derivan normas inexpresas en la materia, las que se sintetizan en el siguiente enunciado: las potestades sancionadoras administrativas se aceptan, pero están condicionadas por distintos principios de raigambre penal reconocidos en la Constitución. Lo que subyace tras esta conclusión es la existencia de un orden penal, que provoca que se aplique un estatuto similar a las penas del derecho penal y a las atribuciones sancionadoras administrativas.

III. Reconocimiento normativo en otros ordenamientos jurídicos

Son pocos los países cuyas Constituciones reconocen de forma expresa las competencias sancionadoras administrativas. Al contrario, no es extraño encontrarse con una ley general y supletoria que aborde a esta materia. A fin

[21] El Tribunal Constitucional, al conocer de una impugnación al *Código Sanitario*, expresó: "[…] el Tribunal Constitucional se ha pronunciado negativamente respecto a los actos de conocimiento emitidos por autoridades administrativas cuando, lejos de circunscribirse a certificar un hecho, presuponen la comisión de una infracción y predeterminan el curso del proceso que debe seguirse a continuación (STC roles n.°s 6437-19 y 8696-20). No pudiendo menos que reiterar, en esta oportunidad, que una tal declaración anticipada de culpabilidad desvirtúa completamente el principio de contradictoriedad, que ha de presidir todo procedimiento administrativo, coarta el derecho de la defensa a tener que discurrir únicamente en torno a esa hipótesis en particular, amén de incentivar –por otro lado– el sesgo confirmatorio del primer atestado efectuado por la autoridad", Tribunal Constitucional (2020), rol 8.823-2020, considerando décimo.

[22] Se razonó a este respecto, en materia de extranjería: "a la imposición de sanciones administrativas, pues, necesariamente debe anteceder una serie concatenada de trámites, tan esenciales como un acta o acusación o formulación de cargos precisa y sostenida en una investigación preliminar, su comunicación al presunto infractor y la oportunidad para que éste pueda plantear defensas o alegaciones y rendir pruebas. Todo ello terminado, si procede, con una sanción fundada y sólo por hechos que han sido objeto de cargos, susceptible de ser impugnada ante un tribunal", Tribunal Constitucional (2020), rol 7.587-2019, considerando décimo segundo.

[23] Una de las más recientes es Tribunal Constitucional (2021), rol 10.429-2021, considerando décimo noveno.

de contrastar al ordenamiento jurídico nacional con otros ajenos, elegiremos tres casos que presentan similitudes con el chileno.

Acudimos a Colombia y a Perú por el contexto regional en el cual se sitúan estos países y debido a que en ellos existe una Constitución que encabeza el sistema de fuentes[24]. Por su parte, la pertinencia de atender al ordenamiento jurídico español respecto a las competencias sancionadoras administrativas se relaciona con su influjo en Chile, Colombia y Perú.

En los ordenamientos comparados se proyecta una radical escisión. Mientras:

1) en el colombiano y en el peruano no existen normas explícitas que regulen el asunto en el ámbito constitucional;
2) la Carta Fundamental española expresa las competencias sancionadoras administrativas.

En todos los casos –y a diferencia de Chile– existe una ley general y supletoria que conduce los principios constitucionales de raigambre penal al ámbito sancionador administrativo.

1. Inexistencia de normas constitucionales –mas no legales– expresas

En Colombia y Perú se aceptan las potestades sancionadoras administrativas, y se contornean sus límites a la luz del contenido constitucional. Cuestión que se motiva en que existe un cúmulo de normas, referidas a temas variopintos, que permitirían argumentar, a través de normas inexpresas, la existencia y la legitimidad de las potestades sancionadoras administrativas.

Por una parte, la Constitución colombiana no plasma al poder de sanción de los órganos administrativos. Sin embargo, este poder es asumido por la doctrina y los tribunales, gracias a una serie de normas constitucionales referidas a la composición del Administración del Estado y otras tantas vinculadas con los derechos de las personas.

Las normas que permiten erigir al poder de sanción administrativa son, entre otras, el artículo 1.° –principio de Estado de Derecho– y los artículos 217 y 218 –régimen disciplinario de algunos órganos administrativos–. Sin embargo, las más relevantes son el artículo 2.°, 29, y 209[25]. Específicamente, el artículo 29 prescribe, en su inciso primero, que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". A partir de la conjunción de las aludidas normas, se concluye por la Corte Constitucional colombiana que este es un poder legítimo que presenta características propias[26].

[24] De acuerdo con el principio de comparación de los "casos más parecidos", Hirschl (2014), pp. 244-253.

[25] Ospina (2018), pp. 50-55.

[26] Suárez, Mejía y Restrepo (2014), p. 142.

Ahora bien, sin perjuicio de la falta de expresión constitucional del poder sancionador, en Colombia existe una ley de carácter general y supletorio dedicada al procedimiento sancionador administrativo. El artículo 47 de la ley colombiana n.° 1437, *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (2011), situado en el título II, llamado "procedimiento administrativo general", capítulo III, denominado "procedimiento administrativo sancionatorio", establece que los procedimientos sancionadores que no se rijan por leyes especiales se someterán al designio de ese documento normativo[27].

La ley antes referida dispone el devenir del procedimiento sancionador administrativo. Así, se establece el término de tiempo dentro del cual el particular puede "presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretend[a] hacer valer" –artículo 47– y en el que se extiende el término probatorio –artículo 48–, además, se dispone el contenido que debe aparecer en la decisión sancionadora administrativa y el plazo dentro del cual debe ser emitida –artículo 49–, además de los elementos que gradúan la sanción administrativa, etcétera.

De forma tal que, en Colombia, una ley define la concreción del debido proceso sancionador administrativo. Lo anterior permite, sin perjuicio de la carencia de contenido constitucional expreso en esta materia, que los principios sean asidos adecuadamente. A modo de ejemplo, en una sentencia de la Corte Constitucional colombiana se abordó esta materia y se hizo expresa referencia, en cuanto a la graduación de las sanciones administrativas, a la ley colombiana n.° 1437, *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (2011)[28, 29].

---

[27] El artículo 47, inciso primero, prescribe: "los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes".

[28] Señala el artículo 50 de la ley colombiana n.° 1.437, *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* (2011), en cuanto a la "graduación de las sanciones –que– salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios, en cuanto resultaren aplicables: 1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados. 2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero. 3. Reincidencia en la comisión de la infracción. 4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión. 5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos. 6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes. 7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente. 8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas".

[29] En el caso, Diego López Medina presentó una demanda de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la Ley 13 de 1990 "por la cual se dicta el Estatuto General de Pesca". En lo que interesa, la Corte Constitucional colombiana, razonó, bajo el punto "8. Elementos

El esquema seguido en Perú no difiere radicalmente de lo ocurrido en Colombia. La Constitución peruana no alude de manera expresa a las potestades sancionadoras administrativas, sin perjuicio de lo cual esta clase de poder es aceptado en aquel país. Las razones para admitir la existencia de las atribuciones sancionadoras administrativas residen, al igual que en Colombia, en una serie de normas expresas que se refieren en forma indirecta a estas atribuciones.

El fundamento inmediato de la potestad sancionadora administrativa se sitúa en el artículo 224 letra d) de la Constitución peruana. Esta norma expresa establece:

> "nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley"[30].

A su vez, en Perú también es posible hallar una ley general y supletoria en la materia, la que trata a las potestades sancionadoras administrativas con mayor ahínco que su congénere colombiana. Este documento normativo no solo materializa al debido proceso sancionador administrativo, sino que va más allá, dado que regula los principios sustantivos y los perfila a la luz de las sanciones administrativas.

Muestra de ello es que la ley peruana n.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (2001), contornea los principios de legalidad –artículo 248.1–, debido procedimiento –artículo 248.2–, razonabilidad –artículo 248.3–, tipicidad –artículo 248.4–, irretroactividad –artículo 248.5–, culpabilidad –artículo 248.10– y *non bis in idem* –artículo 248.11–, entre otros.

En Perú, al igual que en Colombia, una ley, general y supletoria, elaborada para regular las atribuciones sancionadoras administrativas modela la for-

estructurales de los tipos sancionatorios en materia administrativa –que– el operador sancionatorio debe observar los principios de adecuación y proporcionalidad en la determinación de la sanción. Esto es que como los criterios de graduación de la sanción no están definidos en la ley especial (Ley 13 de 1990) y, por tanto, se presentan vacíos normativos, por remisión expresa al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se aplican los Artículos 47 al 49 de ese cuerpo normativo", y más adelante expresó: "del mismo modo, la graduación de las sanciones, en caso de ausencia de norma especial o vació normativo, se aplica el Artículo 50 de la Ley 1437 de 2011 [...]", Corte Constitucional colombiana (2015): sentencia C-699/15.

[30] En Perú, Orlando Vignolo expresa: "las sanciones administrativas en el Derecho peruano tienen una clara cobertura en la vigente Constitución. Así, la cláusula del ius puniendi estatal contenida en el numeral 2.24 literal d) de la CP, permite reconocer a la punición impuesta a partir de la potestad administrativa", Vignolo (2021).

ma en que se encarnan los principios penales en materia sancionadora administrativa. Por lo anterior, los principios acogidos en la Constitución peruana pasan a tener expresión en lo que el legislador ha dispuesto al efecto. Ilustra lo anterior una sentencia del Tribunal Constitucional peruano, en cuanto al principio de tipicidad: para definir el modo en que debe operar este principio se acudió a la Constitución y al artículo 248.4 de la ley peruana n.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (2001)[31].

2. Presencia de normas expresas constitucionales y legales

En España, a diferencia de Colombia, Chile y Perú, es posible hallar un reconocimiento normativo expreso de las atribuciones sancionadoras administrativas. Desde la Constitución española de 1978, es irrefutable el anclaje constitucional de las sanciones administrativas.

En concreto, una norma constitucional española dispone que las infracciones administrativas no pueden ser objeto de condena o sanción si la ley infringida no es una vigente al momento de su producción[32]. Del mismo modo, otra norma establece que la Administración del Estado está vedada de privar de libertad a cualquier persona[33]. Así, la Constitución española hace expresamente aplicables ciertos principios y garantías al derecho administrativo sancionador español y distingue los efectos de la sanción penal de la administrativa[34].

Dado que existe un título jurídico, encarnado en normas situadas en un documento normativo constitucional, en ese país las competencias sanciona-

[31] En el caso, el decano del Colegio de Abogados de Ica dedujo una demanda de inconstitucionalidad en contra de distintos decretos legislativos y un decreto de urgencia. En la demanda argumenta que el artículo 248.4 de la ley peruana n.° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (2001), contrariaría los principios constitucionales de legalidad y tipicidad. El Tribunal Constitucional peruano decidió que la ley impugnada no vulnera al artículo 2.24 letra d) de la Constitución peruana, y: "de acuerdo con el principio de tipicidad, las normas sancionadoras tienen que delimitar con la suficiente precisión las conductas prohibidas. Sin embargo, el artículo 248.4 del TUO de la LPAG no es una norma sancionadora, ya que no tiene por objeto establecer conductas prohibidas constitutivas de infracción; sino que está orientada a fijar cuál es el tipo de fuente normativa a través de la cual se regularán las infracciones y sanciones", Tribunal Constitucional peruano (2022), exp. 00002-2021-PI/TC, sentencia 201/2022, considerandos vigésimo primero y trigésimo.

[32] El artículo 25.1 de la Constitución española establece: "nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

[33] A su vez, el artículo 25.3 dispone: "3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad".

[34] Gómez (2020), pp. 44-46.

doras administrativas están legitimadas. Juicio que contrasta con lo ocurrido antes de tal fecha, tiempo en el que se cuestionaba fuertemente a esta clase de atribuciones. Por ello, en el país que es referente en el derecho administrativo chileno, colombiano y peruano, se optó por constitucionalizar al poder de sanción administrativa.

Sin embargo, el desenvolvimiento normativo de las competencias sancionadoras administrativas no se queda en su tratamiento constitucional. Existen otros textos normativos que comprenden un abordaje general a esta clase de instituciones: leyes generales y supletorias. Por una parte, la ley española 40 (2015) de Régimen Jurídico del Sector Público, establece en su capítulo III a los "principios de la potestad sancionadora" y la ley española 39 (2015), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, integra a lo largo de su texto esta categoría de acto administrativo.

Específicamente, la ley española 40 (2015) de Régimen Jurídico del Sector Público, aborda, de forma similar a lo ocurrido en Perú, al principio de legalidad –artículo 25–, irretroactividad –artículo 26–, tipicidad –artículo 27–, proporcionalidad –artículo 29– y *non bis in idem* –artículo 31–, entre otros.

La anterior regulación no es propia de los documentos normativos nacidos en el año 2015, sino que tiene origen en la ley española 30 (1992), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, concretamente en su título IX, el cual está dedicado a la "potestad sancionadora". La ley antes referida trata, en su capítulo I los "principios de la potestad sancionadora", y en su capítulo II los "principios del procedimiento sancionador"[35]. Aún más, el tratamiento general y supletorio de las potestades sancionadoras administrativas puede situarse en la ley española (1958), sobre Procedimiento Administrativo, la cual establecía dentro de su título VI, llamado "procedimientos especiales", al capítulo II denominado "procedimiento sancionador", el que condicionaba, en cinco artículos, la tramitación previa de alguna sanción administrativa.

De modo que, al igual como ocurre en Colombia y Perú, una ley general y supletoria, la ley española 40 (2015) de Régimen Jurídico del Sector Público, guía la forma en que los principios constitucionales –aquí anuncia-

[35] En la exposición de motivos de esta ley se expresa: "el título IX regula los principios básicos a que debe someterse el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración y los correspondientes derechos que de tales principios se derivan para los ciudadanos extraídos del texto constitucional y de la ya consolidada jurisprudencia sobre la materia. Efectivamente, la Constitución, en su artículo 25, trata conjuntamente los ilícitos penales y administrativos, poniendo de manifiesto la voluntad de que ambos se sujeten a principios de básica identidad, especialmente cuando el campo de actuación del derecho administrativo sancionador ha ido recogiendo tipos de injusto procedentes del campo penal no subsistentes en el mismo en aras al principio de mínima intervención".

dos expresamente–, se concretan en la disciplina administrativa. Muestra de ello es el entendimiento del Tribunal Constitucional español acerca de este documento normativo, en cuanto al establecimiento de un procedimiento sancionador a la luz de las competencias de las comunidades autónomas[36, 37].

Conclusiones

Las potestades sancionadoras administrativas siguen sin ser abordadas en una norma constitucional expresa, lo que quiso ser alterado al reconocérselas en la propuesta de Constitución de 2022. Eso sí, la fallida Constitución fue a contrapelo de lo que las normas establecen en Chile, Colombia, España y Perú.

[36] En este sentido, las comunidades autónomas pueden "adoptar normas administrativas sancionadoras cuando, teniendo competencia sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales dispuestas en este ámbito del derecho sancionador (art. 25.1 CE, básicamente), y no introduzcan divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio (art. 149.1.1)", Tribunal Constitucional español (2013), sentencia 130/2013.

[37] El gobierno de Aragón interpuso recurso de inconstitucionalidad respecto del título iv de la Ley 38/2003, llamada "infracciones y sanciones administrativas en materia de subvenciones". Entre otros, se cuestionan los artículos 67.2 y 3. En cuanto a estos preceptos normativos, señala el recurrente: "el art. 67.2 y 3 prevé la iniciación (de oficio) del procedimiento sancionador y la imposición de sanciones, que pondrá fin a la vía administrativa. Se rechaza que el Estado pueda regular estos aspectos del procedimiento sancionador, pues se considera que deben hacerlo las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre". Para rechazar el recurso, el Tribunal Constitucional español justifica la adaptación de la Ley 38/2003 a la Ley 30/1992. En tal sentido expresa: "el apartado 2 del art. 67 enuncia la regla de la iniciación de oficio del procedimiento, concretando para el procedimiento sancionador, de forma acorde con su naturaleza, las reglas de iniciación enunciadas en la Ley 30/1992 (arts. 68 y 69) e introduciendo, además, una modulación o adaptación del art. 69 de la Ley 30/1992 en atención a las singularidades de las subvenciones, lo que tiene amparo en el art. 149.1.18 CE […]", y agrega: "[…] no obstante, la supresión por la Ley 38/2003 de la posibilidad de recurso en vía administrativa contra las resoluciones sancionadoras en el ámbito subvencional [como excepción a la regla general en materia sancionadora, conforme a los arts. 109 a) y 138.3 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero], implica la eliminación de trámites para el acceso por el sancionado a la vía judicial, lo que constituye una medida de agilización procedimental que encuentra acomodo igualmente en el art. 149.1.18 CE, y se trata de una excepción que asimismo aparece prevista en la propia Ley 30/1992 [art. 109 d)]. El legislador estatal tiene competencia, de conformidad con el art. 149.1.18 CE, tanto para establecer la regla general de la exigencia del recurso de alzada para agotar la vía administrativa en el procedimiento sancionador [arts. 109 a) y 138.3 de la Ley 30/1992], como para establecer la regla específica en materia subvencional que contiene el art. 67.3 de la Ley 38/2003, conforme a la cual la resolución sancionadora en esta materia pone fin a la vía administrativa", Tribunal Constitucional español (2013), sentencia 130/2013.

En cuanto a las normas expresas el choque es frontal. El contraste se hace evidente al comparar las normas constitucionales propuestas en Chile con las normas constitucionales vigentes en España. Mientras que en Chile se quiso robustecer al poder sancionador sin relacionarlo con los principios penales, en España se reconoce al poder sancionador vinculándolo con los principios penales.

Sin embargo, la diferencia no solo se haya al comparar las normas constitucionales. Por una parte, en España, Colombia y Perú esta clase de potestad está regulada en leyes generales y supletorias, las que confrontan al poder sancionador con los principios penales recogidos en sus Constituciones, adecuándolos a la realidad administrativa; por otra, en Chile no ocurre lo anterior, siendo imperativo que el legislador se dé el trabajo de emitir este documento normativo.

Además, las normas constitucionales propuestas no hacen suyas las normas inexpresas. Tanto en los países donde las competencias sancionadoras administrativas no están explicitadas en el ámbito constitucional –Chile, Colombia y Perú–, como en el país que las tiene consagradas constitucionalmente en una norma expresa –España–, la jurisprudencia ha relacionado de forma indisoluble al poder sancionador con los principios penales recogidos en sus Constituciones.

De acuerdo con los elementos analizados, no es posible descartar que en una nueva Constitución se recojan las competencias sancionadoras administrativas. Lo que sí debe rechazarse es que este reconocimiento se desentienda de las normas expresas e inexpresas chilenas y comparadas. Con todo, existen normas expresas que urgen sean emitidas: aquellas reunidas en una ley general y supletoria que se dedique a regular las competencias sancionadoras administrativas.

Bibliografía

Carrasco, Sergio (2002): *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tercera edición): pp. 330.

García de Enterría, Eduardo (2006): *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Navarra: Aranzadi, cuarta edición): pp. 325.

Enteiche, Nicolás (2021): "Sanciones administrativas en la nueva Constitución", en Soto, Sebastián y Hube, Constanza (coords.), *Conceptos fundamentales para el debate constitucional* (Santiago: Ediciones UC): pp. 366-368.

Gómez, Rosa (2020): "Potestad administrativa sancionadora: la conveniencia de su reconocimiento constitucional", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, n.º 32: pp. 37-63.

Guastini, Riccardo (2017): *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos* (Lima: Legales ediciones): pp. 770.

Hernández, Héctor (2011): "Comentario al artículo 20", en Couso, Javier y Hernández, Héctor (dirs.) *Código Penal comentado, libro primero (arts. 1° a 105), doctrina y jurisprudencia* (Santiago: Editorial Legal Publishing): pp. 123-130.

Hirschl, Ran (2014): C*omparative matters* (New York: Oxford University Press): pp. 304.

Letelier, Valentín (1901): *La gran convención de 1831-1833* (Santiago: Imprenta Cervantes): pp. 380.

Ospina, Andrés (2018): "El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo", en Montaña, Alberto y Rincón, Jorge (eds.), *El poder sancionador de la Administración Pública: Discusión, expansión y construcción* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia): pp. 22-70.

Román, Cristián (2022): "Borrador y derecho administrativo sancionador". Disponible en www.diarioconstitucional.cl/articulos/borrador-y-derecho-administrativo-sancionador/ [fecha de consulta: 28 de diciembre de 2022].

Suárez, David; Mejía, Paulina y Restrepo, Laura (2014): "Procedimientos administrativos sancionatorios Inventario normativo y de las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia", *Revista Opinión Jurídica*, vol. 13, n.° 25: pp. 139-154.

Vignolo, Orlando (2021): "Dos figuras sancionadoras pendientes en el derecho peruano". Disponible en www.adad.cl/post/dos-figuras-sancionadoras-pendientes-en-el-derecho-peruano [fecha de consulta: 11 de febrero de 2022].

Jurisprudencia

Corte Constitucional colombiana (2015): sentencia C-699/15, 18 de noviembre de 2015.

Corte Suprema (1965): Alessandri Rodríguez con Poulsen Baeza, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo lxiii: pp. 114-119, 27 de diciembre de 1965.

Tribunal Constitucional (2013): rol 2.264-2012, 10 de octubre de 2013.

Tribunal Constitucional (2020): rol 7.587-2019, 25 de junio de 2020.

Tribunal Constitucional (2020): rol 8.823-2020, 18 de diciembre de 2020.

Tribunal Constitucional (2021): rol 9.930-2020, 29 de enero de 2021.

Tribunal Constitucional (2021): rol 10.429-2021, 14 de diciembre de 2021.

Tribunal Constitucional español (2013): sentencia 130/2013, 4 de junio de 2013.

Tribunal Constitucional peruano (2022): exp. 00002-2021-PI/TC, sentencia 201/2022, 16 de junio de 2022.

Normas

Constitución colombiana, de 4 de julio de 1991.

Constitución de 1980, de 11 de agosto de 1980.

Constitución de 1925, de 18 de septiembre de 1925.

Constitución de 1833, de 25 de mayo de 1833.

Constitución de 1828, de 8 de agosto de 1828.

Constitución de 1823, de 29 de diciembre de 1823.

Constitución de 1822, de 30 de octubre de 1822.

Constitución de 1818, de 23 de octubre de 1818.

Constitución peruana, 30 de diciembre de 1993.

Ley colombiana n.° 1437 (2011), *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, de 18 de enero de 2011.

Ley española (1958), sobre Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1958.

Ley española 30 (1992), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 27 de noviembre de 1992.

Ley española 39 (2015), del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de 2 de octubre de 2015.

Ley española 40 (2015), de Régimen Jurídico del Sector Público, de 2 de octubre de 2015.

Leyes federales de 1826: "Proyecto de un Reglamento Provisorio para la Administración de las Provincias, presentado al Consejo Directorial por el Ministro del Interior, en 30 de noviembre de 1825". Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/63088/2/CLChile_1826_07_27-S024p243-247.pdf [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2022].

Ley peruana n.° 27444 (2001), Ley del Procedimiento Administrativo General, de 11 de abril de 2004.

Otros documentos

Convención Constitucional (2022): "Informe de reemplazo del Tercer Informe de la Comisión de Sistemas de Justicia, Órganos Autónomos y Reforma Constitucional sobre Justicia Ambiental, Órganos Autónomos, Justicia Constitucional y otras materias". Disponible en /www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc. aspx ?prmID=2672&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2022].

Proyecto de Constitución (2022): *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/08/Texto-CPR-2022-entregado-al-Pdte-y-publicado-en-la-web-el-4-de-julio.pdf [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2022].

Proyecto de ley n.° 3475: Mensaje de S.E. el Presidente de la Republica con el que inicia un proyecto de ley que establece las bases de los procedimientos administrativos sancionatorios y que modifica la Ley n.º 19884. Disponible en www.senado.

cl/appsenado/index.php?mo=tramitacion&ac=getDocto&iddocto=3799&tipodoc =mensaje_mocion [fecha de consulta: 16 de noviembre de 2022].

LEY N.º 21130 Y LA MODERNIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN BANCARIA CHILENA: ELEMENTOS CLAVE

LAW No. 21.130 AND THE MODERNIZATION OF THE CHILEAN BANKING LEGISLATION: KEY ELEMENTS

Javier Edwards Renard[*]

RESUMEN: La finalidad de este artículo es:

i) revisar los principales aspectos de la Ley n.° 21130, sobre modernización de la Ley General de Bancos (LGB) en lo que se refiere a la desaparición de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF) y el traspaso de sus facultades a la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) establecida por la Ley n.º 21000 que, a su vez, reemplazó a la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) y

ii) destacar las nuevas facultades que se incorporan en la LGB con la finalidad de alinear normativa bancaria chilena con los requisitos establecidos por Basilea III, en especial en las materias que tienen relación con los requisitos de capital básico y patrimonio efectivo de los bancos con vistas a darle a las entidades bancarias mayor solidez y capacidad de resistir los eventuales efectos adversos de una crisis financiera.

PALABRAS CLAVES: Ley General de Bancos, LGB; modernización, Ley n.º 21100; Ley n.º 21130, Comisión para el Mercado Financiero, CMF; Capital básico; Patrimonio efectivo; Entidades sistémicas.

[*] Abogado Universidad de Chile. Magister en Derecho Europeo, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona. Diploma de posgrado en Técnicas Comerciales y Financieras, Universidad de Barcelona. Magister (LL.M.) en Derecho Corporativo, Financiero y Bancario, Fordham University, New York. Profesor de Derecho Comercial, Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: j.edwards@udd.cl

Abstract: The purpose of this article is:

i) To review the main aspects of Law No. 21.130 on the modernization of the General Law of Banks (LGB), which considers the disappearance of the Superintendency of Banks and Financial Institutions (SBIF) and the transfer of its powers to the Financial Market Commission (CMF) established by Law No. 21,000 which, in turn, replaces the Superintendency of Securities and Insurance (SVS) and
ii) To highlight the new powers that are incorporated in the LGB in order to align our banking regulations with the requirements established by Basel III, especially in the matters that relate to the requirements of basic capital and effective net worth of the banking entities in order to increase their strength and ability to resist healthily the possible adverse effects of a financial crisis.

Keywords: General Law of Banks, LGB; Modernization; Law No. 21.100; Law No. 21.130; Commission for the Financial Market, CMF; Basic Capital; Effective Patrimony; Systemic Entities.

I. Antecedentes

La regulación de la actividad financiera en Chile tiene sus orígenes en las leyes de la Caja Nacional de Ahorro y la de la Caja de Crédito Hipotecario, dictadas durante el gobierno de Manuel Montt[1], y cuyas disposiciones, en gran medida, permanecen vigentes hasta hoy entre las normas que regulan las operaciones hipotecarias.

Desde esa primera normativa hasta la recién dictada de la Ley n.° 21130, que Moderniza la Legislación Bancaria[2] mucha agua ha pasado bajo el puente y la transformación, expansión y crisis experimentadas por la industria financiera como, asimismo, su progresiva interconexión regional, internacional y global, y el impacto en ella de nuevos productos, transacciones y los desafíos que generan los desarrollos tecnológicos e informáticos, han obligado a ir adaptando la normativa bancaria y financiera –local e internacional– de manera progresiva, con el objetivo de enfrentar los riesgos que todos estos cambios implican. Sin duda, y aun bajo los primeros efectos de este nuevo ajuste a la legislación financiera chilena, es posible adelantar que ella no representa, sino un estado de tránsito y que, habida cuenta de los efectos de la globalización y la

[1] Dictadas entre los años 1856 y 1858.

[2] Publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, n.° 42.252, Santiago, 12 de enero de 2019.

tecnología, nuevas modificaciones serán necesarias, sino en el corto, al menos en el mediano plazo. Imposible desconocer que en el mundo presente la realidad está sometida a una suerte de aceleración progresiva de los cambios de escenario que la determinan y, ello, en el ámbito económico y financiero, se ha venido confirmando de manera constante y consistente.

Solo a modo referencial, cabe mencionar entre los hitos de la regulación financiera de Chile los siguientes:

- La Ley n.º 2621, de 1912, que creó la Inspección de Bancos, considerable –no obstante, su más modesto ámbito de competencias y funciones, en tanto que mera recopilación de información– es la predecesora de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, hoy Comisión para el Mercado Financiero.
- La crisis económica de 1920, y la quiebra en Chile de varios bancos, entre ellos el Banco Popular, dio lugar al desembarque en el país de la llamada Misión Kemmerer, grupo de expertos estadounidenses[3], quienes visitaron en 1925 varios países latinoamericanos, entre ellos Chile, recomendando la adopción de tres leyes consideradas fundamentales:
  a) la Ley Monetaria, basada en el denominado "padrón oro";
  b) la Ley del Banco Central, que otorgaba a dicha entidad la exclusividad de emisión de billetes y
  c) la Ley General de Bancos que regulaba a dichas entidades y creaba un órgano con competencias regulatorias y de fiscalización, esto es, una superintendencia de bancos.

  Tal como bien señalaba Luis Morand Valdivieso, y sigue valiendo aún bajo la dictación de las leyes n.º 21000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero y la ya citada n.º 21130, objeto de este artículo:

> "En lo que toca al Banco Central y a la Superintendencia, así como a las normas fundamentales sobre bancos, las leyes dictadas en ese tiempo subsisten en lo esencial"[4],

  esto es así, al menos, en la visualización de la necesidad de contar con entidades reguladoras, regulaciones y capacidad de fiscalización en materia monetaria, financiera y bancaria.
- La quiebra de bancos –como la ya referida del Popular y el Banco Español de Chile– confirmaron la necesidad de esta normativa, la

[3] Lideradas por el economista estadounidense Edwin Walter Kemmerer, de quien lleva su nombre.

[4] Morand (2011), p. 10.

que después ha ido experimentando los ajustes necesarios, según los cambios y hechos sobrevinientes.

- Así, bajo el gobierno de Jorge Alessandri, se modificó la Ley General de Bancos, promulgándose el decreto con fuerza de ley n.° 252, del año 1960.
- Nuevos cambios se introdujeron a partir del año 1973, varios de los cuales tuvieron una vida breve y que condujeron a la crisis financiera del año 1982, a partir de la cual se introdujeron las modificaciones fundamentales que contemplan, entre otras, la nueva Ley Orgánica del Banco Central de Chile contenida en el ARTÍCULO PRIMERO de la Ley n.° 18840 y sus modificaciones posteriores, la Ley n.° 18576, de 1986, que introdujo importantes cambios a la legislación bancaria, complementadas después por las leyes n.os 18707 y 18818.
- Por último, por Ley n.° 19528, de 4 de noviembre de 1997, que autorizó al Presidente de la República para fijar un texto refundido de la legislación bancaria, se dictó el decreto con fuerza de ley n.° 3, del Ministerio de Hacienda, de 1997[5], por el cual se refundió la Ley General de Bancos y la Ley Orgánica de la Superintendencia de Instituciones Financieras y otras normas dispersas en otros cuerpos legales, dando lugar a lo que hasta ahora, y no exenta de diversas e importantes modificaciones, incluida la que aquí se analiza, se conoce como la Ley General de Bancos, texto que, después de los aprendizajes acumulados a lo largo del siglo XX y, en especial, las consecuencias de la crisis financiera de 1982, ha demostrado ser una normativa sólida, conservadora y bien concebida, que ha permitido sortear con éxito otras crisis económicas y financieras internacionales[6].

Cabe destacar que la legislación bancaria ha sido apoyada y complementada por la normativa del Banco Central de Chile, y las normas que han regulado el mercado de valores, las sociedades anónimas, los fondos de inversión y de administración de fondos de pensiones y, sobre inversión extranjera, todas las cuales han permitido generar un marco regulatorio de lo económico y financiero sólido y consistente con una institucionalidad madura y exitosa, como ha quedado demostrado durante los últimos veinte años.

Pero aun así, y pudiendo estar conformes y hasta orgullosos de la normativa financiera y bancaria que han regido en el país por más de dos décadas, la

[5] DFL n.° 3, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 19 de diciembre de 1997.

[6] Cabe mencionar la crisis del sudeste asiático de fines de la década de 1990 (1997) y la crisis *sub prime* que afectó, primero, a Estados Unidos y después al resto de los países desarrollados y economías relacionadas, a partir del año 2007.

velocidad de los cambios en la industria, los mercados y la economía general como, asimismo, la dura prueba que implicó la crisis financiera iniciada el año 2007, con efectos en Estados Unidos, Europa y gran parte de los países del mundo, en mayor o menor grado, llevó a la necesidad de repensar a escala internacional y local, el tipo de regulación financiera y bancaria más eficiente para efectos de proteger dicha industria, a sus operadores y clientes y, en definitiva, a la economía que depende de ella.

En ese escenario, la formación del Comité de Basilea y la celebración de sus tres acuerdos a la fecha[7] como, asimismo, la incorporación de Chile a la OCDE[8], ha generado la permanente tensión positiva en el camino de ir ajustando la normativa financiera y bancaria local a las exigencias y recomendaciones de estas instancias, las que, si bien, no tienen carácter mandatorio o imperativo, se han convertido en estándares de practica seguida por los miembros partes y países terceros.

Y resultado de lo anterior, la más importante de las modificaciones a la Ley General de Bancos desde la dictación de su texto refundido contenido en el DFL n.º 3 de 1997 es, sin duda, la que se contiene en la Ley n.º 21130 de enero de 2019.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la Ley General de Bancos, desde 1986 a 2019, solo había sido objeto de modificaciones puntuales, por ejemplo, la reforma del año 1997, mediante la cual se incorporaron modificaciones

[7] Los Acuerdos de Basilea son los de supervisión bancaria o recomendaciones sobre regulación bancaria emitidos por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria. Están formados por los acuerdos Basilea I, Basilea II y Basilea III. Reciben su nombre a partir de la ciudad de Basilea, Suiza, donde el CBSB mantiene su secretariado en la sede del Banco de Pagos Internacionales. Antes, el Comité de Basilea estaba formado por representantes de los bancos centrales y de las autoridades regulatorias del Grupo de los Diez más Luxemburgo y España. Desde 2009, todos los demás países significativos del G-20 están representados, así como algunas de las mayores plazas bancarias como Hong Kong y Singapur. El Comité no tiene autoridad para imponer recomendaciones, si bien la mayor parte de los países, así como algunos otros que no forman parte del mismo, tienden a implementar las políticas del Comité. Esto significa que las recomendaciones son aplicadas a través de leyes y regulaciones nacionales (o a escala comunitaria en la UE), antes que como resultado de una recomendación internacional del Comité, de modo que es preciso un cierto periodo desde que se aprueba una recomendación hasta que esta es aplicable en el ámbito nacional.

[8] La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) es un organismo de cooperación internacional, compuesto por treinta y seis Estados, incluido Chile a partir del año 2010 (primer país sudamericano en incorporarse), cuyo objetivo es coordinar sus políticas económicas y sociales. Fue fundada en 1961 y su sede central se encuentra en el Château de la Muette, en París. Los idiomas oficiales de la entidad son el francés y el inglés. Los representantes de los países miembros se reúnen para intercambiar información y armonizar políticas con el objetivo de maximizar su crecimiento económico y colaborar a su desarrollo y al de los países no miembros.

con el objetivo de adecuar la normativa a los requerimientos de capital de Basilea I, dictados por el Comité de Basilea de Supervisión Bancaria (CBSB) en 1988. Desde entonces, la industria ha evolucionado y los estándares internacionales de solvencia y liquidez para las empresas bancarias han sido objeto de constantes actualizaciones. De hecho, el año 2010, recogiendo las lecciones que dejó la crisis financiera de 2007, dicho Comité dictó los acuerdos de Basilea III, recomendando la implementación de exigencias de más y mejor capital para los bancos. Esta normativa internacional había dejado a la legislación bancaria chilena al debe respecto de las exigencias de dicho organismo y de los estándares OCDE en la materia, lo que se ha resuelto, en parte, con la dictación de la ley que se analiza.

II. Principales contenidos modificatorios de la Ley n.° 21130[9]

Tal como indica el Mensaje de SE la Presidenta de la República a la Honorable Cámara de Diputados[10] entre los fundamentos y objetivos del proyecto de ley, y considerando la importancia de la actividad bancaria y financiera en la economía del país, los fundamentos y objetivos del proyecto que llegó a convertirse en la Ley n.° 21130 vigente, cabe destacar los siguientes:

1. Los bancos son el punto de encuentro esencial entre ahorrantes e inversionistas, mediante la transformación de ahorros de corto plazo en inversiones de largo plazo.
2. Asimismo, los bancos desempeñan un importante papel en la cadena de pagos, toda vez que proveen de liquidez a los agentes de mercado, facilitando las transacciones financieras y el intercambio.
3. Teniendo en cuenta el esencial rol que cumplen los bancos en esta función de intermediación del dinero, es fundamental prestar atención a los riesgos propios de la industria bancaria. En este sentido y, entre otros, los bancos están expuestos a riesgos provenientes del eventual

[9] Cabe destacar que esta ley tiene su origen en el Mensaje Presidencial de fecha 12 de junio de 2017. Mensaje en sesión 32, legislatura 365, y que fue promulgado, con las discusiones y ajustes del caso con fecha 12 de enero de 2019, es decir, un año y medio después de su presentación a tramitación legislativa. Presentado bajo el gobierno de la presidenta Michelle Bachelet se aprobó bajo el gobierno de Sebastián Piñera, debiendo destacarse que el texto aprobado no es diferente, en lo sustancial, al presentado a tramitación, lo que es una muestra de madurez en la visión que el Ejecutivo y el Legislativo tienen sobre una materia cuya regulación y estabilidad va más allá de las diferentes percepciones ideológicas de un gobierno determinado.

[10] Véase www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7613/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

desajuste entre sus activos y pasivos que se pueden llegar a traducir en problemas de solvencia.

4. La ocurrencia de este tipo de problemas en el sistema bancario presenta la característica de su potencial contagio de una entidad a otra, generando una eventual crisis financiera sistémica que, a su vez, contaminará con potenciales efectos catastróficos el resto de las áreas económicas[11].
5. En la esfera de las crisis financieras, Chile no ha sido la excepción[12]. Así, la crisis que afectó a la banca nacional durante la primera mitad de la década de 1980, llevó al gobierno a adoptar una serie de medidas de rescate que implicaron un importante costo fiscal y un incremento en el nivel de deuda pública. Según algunas estimaciones, el costo fiscal acumulativo alcanzó a más del 40 % del Producto Interno Bruto (PIB), mientras que el nivel de endeudamiento público se incrementó en 87,9 puntos del PIB[13].
6. En línea con lo anterior, la Ley n.º 21130 pretende modernizar y mejorar la normativa bancaria, alienándola con los estándares internacionales más exigentes, para continuar con el desarrollo de un sistema bancario sólido, sustentable y supervisado.
7. El principio para lograr lo anterior ha sido implementar una regulación prudencial, la que se convierte en el pilar fundamental para:
   a. Alinear los incentivos de los intermediarios financieros y sus acreedores, sustituyendo el papel que le corresponde a los depositantes en su calidad de acreedores de los bancos.
   b. Fortalecer la capacidad de prevención y reacción de las instituciones financieras frente a una crisis, evitando la exposición a riesgos sistémicos derivados del alto nivel de interconexión de la industria, así como los efectos negativos que una falla puede generar sobre la cadena de pagos.

[11] Un ejemplo reciente en la materia es la llamada crisis *sub prime*. La crisis financiera de las hipotecas *sub prime* se intensificó por la desconfianza crediticia que, como un rumor creciente, se extendió por los mercados financieros de Estados Unidos y fue la alarma que puso en el punto de mira a las hipotecas basura de Europa desde el verano de 2007, evidenciándose al verano siguiente con la crisis financiera de 2008. Se considera que esta fue el detonante de la crisis económica de 2008-2015 en el plano internacional, incluyendo la burbuja inmobiliaria en España. La crisis hipotecaria, generó numerosas quiebras financieras, nacionalizaciones bancarias, constantes intervenciones de los Bancos Centrales de las principales economías desarrolladas, profundos descensos en las cotizaciones bursátiles y un deterioro de la economía global real, que ha supuesto la entrada en recesión de algunas de las economías más industrializadas.

[12] Silva y Edwards (1989).

[13] Laeven & Valencia (2012).

c. Contar con adecuadas exigencias de capital para los bancos, de modo que sus actividades sean financiadas con una mayor proporción de recursos propios.
d. Para alcanzar estos objetivos, es importante contar con un esquema de supervisión de cumplimiento. La legislación debe establecer requerimientos de información para las empresas reguladas, mecanismos que aseguren una inspección eficaz por parte de la autoridad y que, además, le permitan actuar oportunamente en caso que ello sea necesario.
e. También es necesario contar con las llamadas herramientas de regularización temprana, en el sentido de que, cuando un banco enfrenta problemas de solvencia, es esencial maximizar el valor de los activos en caso de liquidación, asegurando el pago de las obligaciones de los depositantes y minimizando los impactos fiscales derivados de una crisis, en caso que no pueda ser prevenida.
f. Por último, la ley ha tenido en consideración la necesidad de contar con organismos regulatorios modernos, con un alto nivel de especialidad técnica, capaces de actuar de manera eficiente y oportuna en el resguardo del correcto funcionamiento del mercado, para lo cual resulta fundamental un importante grado de independencia en el ejercicio de sus potestades.

III. Contenido de la ley

La forma en que la nueva ley cumple su propósito ya referido es a través de la implementación de las siguientes modificaciones a la Ley General de Bancos:

1. Nueva institucionalidad regulatoria y modelo de supervisión. Incorporación y traspaso de todas las facultades de la SBIF hacia CMF.
2. Nuevas exigencias de capital y adecuación a estándares de Basilea III:
   a. Requerimientos de capital mínimos.
   b. Papel del regulador en la ponderación de los activos para la determinación del capital requerido.
   c. Reconocimiento de instituciones de importancia sistémica.
   d. Distribución de dividendos.
3. Mecanismos de intervención para bancos en problemas y manejo de crisis:
   a. Incorporación del Plan de Regularización Temprana.
   b. Capitalización por el sistema financiero y capitalización preventiva.

   c. Designación del Inspector Delegado o Administrador Provisional.
   d. Eliminación del Convenio de Acreedores.
4. Otras modificaciones:
   a. Aumento de la garantía estatal a los depósitos a plazo.
   b. Mayores exigencias para los directores de bancos.
   c. Se extiende protección del personal de la CMF al Administrador Provisional, al Inspector Delegado y al Liquidador, regulados en la Ley General de Bancos.
   d. Ratificación del concepto de interés legítimo para acceder a información sujeta a reserva bancaria y nuevo procedimiento para su entrega.
   e. Mejores resguardos para recursos depositados por menores en cuentas corrientes.
   f. Disposiciones transitorias para dar gradualidad a la aplicación de los cambios, en especial consideración a su impacto sobre los costos que representan para la industria bancaria.

Como ya se ha dicho, desde la dictación de la Ley General del Bancos en 1986, la Ley n.º 21130 contempla el conjunto de modificaciones más amplio y desafiante abordado por la normativa chilena en la materia. De la referencia que se hace en los números 1 a 4 precedentes, queda en evidencia que ellas abarcan desde:

i) los aspectos orgánicos referentes a la entidad reguladora y supervisora, a
ii) los requisitos de capital que permiten alinear nuestra legislación a los estándares de Basilea III,

los que reflejan, sin duda, los aprendizajes dejados por la crisis financiera de 2007-2015 ya mencionada. Lo anterior, sin dejar de modernizar también la normativa referente al manejo de crisis y otros aspectos relacionados con la solidez y calidad de la banca, por ejemplo, en relación con los requisitos de los directores de bancos y el acceso a información protegida por el secreto bancario cuando existe un legítimo interés al efecto.

De esta manera, y considerando la vasta extensión y complejidad de las modificaciones introducidas, se ha optado por tratar las modificaciones con el detalle necesario, desarrollando este artículo en dos partes:

a) la primera de ellas se refiere a la nueva institucionalidad y las adecuaciones de capital al amparo de los criterios de Basilea III y
b) la segunda, pone su foco en el manejo de crisis bancarias individuales y sistémicas, y demás normas de modernización.

IV. La desaparición de la SBIF y el traspaso de sus atribuciones a la CMF[14]

Quizá una de las modificaciones más discutibles de la nueva ley es la decisión de transferir las competencias de la SBIF a la CMF[15]. Los detractores de esta decisión han destacado la efectiva trayectoria de la SBIF desde su creación y la especialidad de los criterios técnicos de las materias que trata, cuyo traspaso a una entidad nueva y de competencias diversas podría generar dificultades e inconsistencias en la aplicación de nuevas regulaciones y la fiscalización del cumplimiento de la normativa bancaria[16].

Sin embargo, la percepción mayoritaria, derivada del actuar de la nueva CMF y alineada con la tendencia en la materia en los países desarrollados, es que, contar con un organismo que centralice las facultades regulatorias y la supervisión del cumplimiento normativo de los mercados de capitales y financieros –tan intensamente relacionados– lejos de generar dificultades, establece las condiciones favorables para que el órgano supervisor, investido de sus nuevas y complementarias atribuciones, tenga las capacidades para regular los mercados de valores, seguros y bancario, con una mirada integral beneficiosa para la economía del país.

Entre los beneficios de esta absorción de la SBIF en la CMF es posible destacar el carácter colegiado de su órgano rector y la interdisciplinariedad, la que permite que su trabajo tenga una mirada de campo más amplia y certera en la detección de riesgos y necesidades de la esfera financiera.

El traspaso de todas las competencias de la SBIF a la CMF implicó, en términos prácticos, que todas las instituciones fiscalizadas por dicha Superintendencia (*v. gr*. bancos, emisores y operadores de tarjetas de crédito o de pago con provisión de fondos) hayan quedado sujetas a la supervisión de la CMF. De esta manera, y tal como señalaba el mensaje del proyecto de ley que dio lugar a esta modificación:

> "[…]el nuevo regulador financiero ya no solo deberá velar por los intereses de los inversionistas y asegurados, sino que también por los de los depositantes, según sea el caso, por lo que la regulación y supervisión bancaria será desarrollada por medio de una autoridad con

[14] Esta integración se producirá de manera efectiva, a partir del 1 de junio de 2019.

[15] La CMF fue creada mediante Ley n.º 21100, promulgada el 10 de febrero de 2016 y publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 23 de febrero de 2017.

[16] Un ejemplo en este sentido son las declaraciones de José Manuel Camposano, líder del gremio de aseguradores aparecidas en diversos medios, véase *Economía y Negocios*. Disponible en www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=479379 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

> mirada global del mercado financiero, bajo una estructura moderna, independiente, transparente y eficaz. Por otra parte, esta convergencia hacia un modelo de supervisión integrado reducirá el espacio de problemas de coordinación regulatoria, junto con facilitar la consistencia normativa para actividades que presentan características similares y disuadiendo el arbitraje regulatorio".

En relación con el mecanismo para transferir a la CMF las facultades de la SBIF, el legislador optó por hacerlo respecto de todas las competencias que la ley vigente reconocía al regulador bancario, manteniendo en el texto de la Ley General del Bancos solo aquellas facultades que, por su especificidad, se refieren y resultan aplicables de manera exclusiva a bancos e instituciones financieras. De esta manera, los cambios no privaron a la CMF de ninguna de las facultades que poseía la SBIF, sino que las reubica con la finalidad de permitirle acceder a una mirada integral del sistema financiero, en sus distintas caras: mercado de valores, de seguros y bancario.

Entonces, para alcanzar un cabal conocimiento de las facultades que la CMF adquiere en relación con la banca, es necesario tener a la vista los dos cuerpos legales fundamentales sobre la materia, la Ley n.º 21000, que crea la Comisión para el Mercado Financiero y la n.º 21130, que Moderniza la Legislación Bancaria. Y el resultado es, en buenas cuentas, la creación de una entidad que, una vez en pleno ejercicio de sus atribuciones, será significativamente poderosa.

V. Los nuevos criterios de Basilea III en la Ley General de Bancos: nuevas exigencias de capital

La adaptación de la LGB a los criterios de los Acuerdos de Basilea III[17] era una deuda del ordenamiento con las exigencias y estándares propios de países OCDE y los compromisos asumidos con el CBSB.

Basilea III es la respuesta del CBSB a la grave crisis financiera iniciada en los países desarrollados (partiendo por los Estados Unidos de América) el año 2007 y ha tenido por objetivo principal el restablecimiento de la credibilidad en el cálculo de los activos bancarios que respaldan sus operaciones sobre la base de los activos ponderados por riesgo (RWA) y mejorar la comparabilidad de los coeficientes de capital bancario del siguiente modo:

[17] Basilea III es un conjunto de medidas acordadas internacionalmente que el CBSB ha desarrollado en respuesta a la crisis financiera de 2007-2009. El objetivo de dichas medidas es reforzar la regulación, la supervisión y la gestión del riesgo de los bancos.

- Más capital y de mayor calidad. Aunque se mantiene el requerimiento mínimo del 8 % establecido en Basilea I y II, se modifica la composición de ese capital, exigiendo mayor peso del capital de alta calidad.
- Mejorando la solidez y sensibilidad al riesgo de los métodos estándar para el riesgo de crédito, el riesgo de ajuste de valoración del crédito (CVA) y el riesgo operacional.
- Restringiendo el uso de los métodos basados en modelos internos, al introducir límites sobre algunos de los parámetros utilizados para calcular los requerimientos de capital en el método basado en calificaciones internas (IRB) para el riesgo de crédito y al eliminar el uso de métodos basados en modelos internos para el riesgo CVA y el riesgo operacional.
- Introduciendo un colchón del coeficiente de apalancamiento para limitar en mayor medida la presencia de este entre en los bancos de importancia sistémica mundial (G-SIB). Si no se cumple, se imponen límites a la distribución de beneficios.
- Creando una reserva de conservación del capital, con el objetivo de aumentar el capital en momentos de crecimiento económico para poder hacer uso de él en caso de incurrir en pérdidas, unida a un colchón contra cíclico de capital, requiriendo más capital en los casos de crecimiento excesivo del crédito para evitar la formación de "burbujas".
- Aplicando requerimientos mínimos de liquidez. Para ello se introducen la ratio de cobertura de la liquidez (LCR) y la ratio de financiación neta estable (NSFR), con el objetivo de evaluar la supervivencia de las entidades ante problemas de liquidez a corto y largo plazo, respectivamente.
- Por último, sustituyendo el actual límite mínimo sobre los resultados agregados (*output floor*) de Basilea II con un suelo sensible al riesgo más robusto basado en los métodos estándar revisados de Basilea III.

Al proponerse a tramitación el texto modificatorio de la LGB, el Ejecutivo en su mensaje reconoció la estabilidad y suficiencia de los niveles de capital de la banca diciendo:

> "Si bien los bancos nacionales presentan niveles de capital que están por sobre los mínimos que actualmente exige la legislación, dichos niveles son insuficientes en comparación con las recomendaciones del CBSB, así como con aquellos que exhiben incluso algunas economías emergentes",

y destacó, al mismo tiempo, que la legislación que se deseaba modernizar carecía de mecanismos eficientes que permitiesen al regulador establecer requi-

sitos de capital a la medida de las necesidades de cada entidad bancaria, en función de sus riesgos específicos:

i) excluyendo el cálculo de activos de bajo valor de liquidación y
ii) incluyendo mitigadores de riesgo[18].

Es importante señalar que la Ley n.º 21130 permite reducir las diferencias que separaban la legislación chilena de las mejores prácticas bancarias internacionales; ello, en línea con las recomendaciones de Basilea III, por la vía de:

i) nuevos requerimientos de capital mínimo, y
ii) una mejor gestión de riesgo.

Requerimientos de capital básico y patrimonio efectivo: Pilar I de Basilea III

El proyecto de ley incorpora nuevas exigencias de capital, de conformidad con los lineamientos del pilar I de Basilea III.

En este sentido, en relación con el capital básico y el patrimonio efectivo, los artículos del título V de la LGB disponen en primer lugar que:

1. La CMF velará de manera permanente por la adecuada clasificación de gestión y solvencia de los bancos. Ésta será periódica y, al menos una vez al año, por resolución fundada que se notificará a cada banco dentro del plazo de cinco días desde que se dicte (artículo 59).
2. Los bancos se clasificarán en cinco categorías de I a V, según sus mejores o peores niveles de solvencia, tal como estos se establecen en el artículo 61.
3. Para efectos de solvencia, la LGB contempla tres niveles:
   i) Nivel A: instituciones que cumplen con las exigencias de capital básico y patrimonio efectivo a que se refiere el artículo 66, y que, además, satisfacen los requerimientos de capital adicional a que se refieren los artículos 66 bis y 66 ter.
   ii) Nivel B: instituciones que cumplen con las exigencias de capital básico y patrimonio efectivo a que se refiere el artículo 66, pero no con los requerimientos de capital adicional establecidos en los artículos 66 bis o 66 ter y
   iii) Nivel C: instituciones que no cumplen con las exigencias de capital básico ni con el patrimonio efectivo a que se refiere el artículo 66.
4. Asimismo, se establece que, según su nivel de gestión, los bancos se clasificarán en:

[18] Mensaje Presidencial de fecha 12 de junio, 2017. Mensaje en sesión 32, legislatura 365.

i) Nivel A: instituciones no clasificadas en los niveles B y C siguientes.

ii) Nivel B: instituciones que reflejan ciertas debilidades en su gobierno corporativo, los controles internos, seguridad de sus redes, sistemas de información para la toma de decisiones, seguimiento oportuno de riesgos, clasificación privada de riesgo y capacidad para enfrentar escenarios de contingencia, las que serán corregidas por la propia institución durante el periodo que preceda al de la próxima calificación para evitar un deterioro paulatino en la solidez de la institución. También se considerarán las sanciones aplicadas a la empresa, salvo las que se encuentren con reclamación pendiente.

iii) Nivel C: instituciones que presentan deficiencias significativas, en alguno de los factores señalados en el nivel anterior, cuya corrección debe ser efectuada con la mayor prontitud para evitar un menoscabo relevante en su estabilidad. Correspondiendo a la CMF, mediante norma de carácter general, establecer las condiciones y modalidades necesarias para la implementación de esta clasificación, tal norma deberá tratar en igual forma a los bancos que se encuentren en situaciones de características y naturaleza equivalentes. Del mismo modo, deberán considerar el cumplimiento de la normativa sobre infraestructura crítica de la información que, en materia de ciberseguridad, establezca la Comisión, con sujeción a la normativa legal vigente (artículo 62).

5. Ahora bien, la relación entre activos y patrimonio efectivo de las empresas bancarias está regulado en el título VII de la LGB. Así, en el artículo 66 se establece que este no podrá ser inferior al 8 % de sus activos ponderados por riesgo, netos de provisiones exigidas o al mínimo que le sea exigible de acuerdo con los artículos 51, 66 quáter y 66 quinquies.
6. Asimismo, el capital básico no podrá ser inferior al 4,5 % de sus activos ponderados por riesgo, ni al 3 % de los activos totales, ambos netos de provisiones exigidas.
7. El patrimonio efectivo de un banco es la suma de los factores que se indican a continuación, con sus respectivas limitaciones:
   a) Su capital pagado y reservas o capital básico. Para efectos de esta ley, se entiende por capital pagado el conformado por las acciones ordinarias que se encuentren suscritas y pagadas.
   b) Los bonos sin plazo de vencimiento y acciones preferentes a los que se refiere el artículo 55 bis, que el banco haya colocado, valora-

dos al precio de colocación, hasta la concurrencia de un tercio de su capital básico.

c) La suma del capital básico, los bonos sin plazo de vencimiento y las acciones preferentes no podrá ser inferior al 6 % de sus activos ponderados por riesgo, netos de provisiones exigidas.

d) Los bonos subordinados que haya colocado, valorados al precio de colocación y hasta concurrencia del 50 % de su capital básico. El valor computable de estos bonos disminuirá en el 20 % por cada año que transcurra desde que falten seis años para su vencimiento.

e) Las provisiones voluntarias que haya constituido, hasta concurrencia del 1,25 % de sus activos ponderados por riesgo de crédito, netos de provisiones exigidas, tratándose de la aplicación de las metodologías estandarizadas a que se refiere el artículo 67, o del 0,625 % en caso de aplicarse una metodología propia conforme a esa misma disposición. Son provisiones voluntarias las que excedan de aquellas que los bancos deban mantener por disposición de la ley o por norma de la Comisión.

8. La CMF, para efectos de la determinación del patrimonio efectivo, podrá fijar, mediante norma de carácter general, ajustes o exclusiones de partidas de activos o pasivos, incluyendo mitigadores de riesgos, que incidan en su valor.

Lo que se persigue con estos ajustes de la normativa bancaria es lograr que el capital de los bancos esté conformado por activos de buena calidad. Ello, como una manera de reaccionar frente a la evidente insuficiencia de las normas de Basilea I que demostró la crisis financiera internacional de 2007.

En cuanto al capital *Tier* 1 adicional, la ley establece que podrá estar constituido por acciones preferentes o bonos sin plazo de vencimiento, lo que, en caso de concurrir determinados supuestos objetivos establecidos en sus respectivas condiciones de emisión, pueden ser transformados en acciones ordinarias mediante su canje o capitalización, según corresponda, o caducados. La emisión de este tipo de instrumentos requiere de la aprobación previa de la CMF, la que, además, debe establecer los requisitos que estos deberán reunir.

A mayor abundamiento, la Ley n.° 21130 soluciona una falta relevante de la ley original, considerando un "capital básico adicional" para los bancos equivalente al 2,5 % de sus activos ponderados por riesgo, netos de provisiones exigidas, por sobre el patrimonio efectivo mínimo que le sea exigible de acuerdo con lo establecido en el artículo 66[19].

[19] Artículo 66 bis de la LGB. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=83135 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

En caso de incumplir lo anterior, el banco deberá sujetarse a lo dispuesto en el inciso final del artículo 56, en tanto no se subsane dicho déficit, sin perjuicio de las demás facultades que, al respecto, pueda ejercer la CMF. Asimismo, se establecen restricciones progresivas al reparto de utilidades por parte de los dueños del banco cuando no se cumpla con esta exigencia.

De manera complementaria a este capital básico adicional, el artículo 66 ter de la ley dispone que el Banco Central de Chile:

> "en consideración a la fase del ciclo económico, podrá determinar la activación de una exigencia de capital básico adicional de carácter contracíclico, aplicable de manera general a todas las empresas bancarias constituidas o autorizadas para operar en el país. Para estos efectos, citará especialmente al Ministro de Hacienda a la sesión respectiva, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 19 de la ley N° 18.840, orgánica constitucional del Banco Central de Chile".

Asimismo, el Instituto Emisor fijará dicha reserva en un porcentaje que puede ir del 0 % al 2,5 % de los activos ponderados por riesgo, previo acuerdo favorable de la CMF. Al igual que en el caso del colchón de conservación, el incumplimiento de esta exigencia de capital tendrá como consecuencia que el reparto de utilidades por parte de los accionistas quede sujeto a limitaciones progresivas[20].

Por su parte, el artículo 66 quinquies dispone que la CMF:

> "podrá imponer requerimientos patrimoniales adicionales a los establecidos en los artículos anteriores, mediante resolución fundada y con el voto favorable de al menos cuatro Comisionados, a aquellos bancos que, como resultado del proceso de supervisión, presenten, a juicio de la Comisión, riesgos no suficientemente cubiertos con las exigencias previstas en dichos preceptos. Tales requerimientos podrán ser satisfechos mediante capital básico, adicional al ya constituido

[20] "Artículo 56, inciso 4°: En caso de déficit en el capital básico adicional a que se refieren los artículos 66 bis y 66 ter, quedará limitada la distribución de dividendos hasta la respectiva proporción que a continuación se indica, mientras no se haya restituido dicho capital:

a) Si el déficit fuere menor o igual al 25% del nivel requerido, el banco podrá repartir como máximo el 60% de las utilidades del ejercicio.

b) Si el déficit fuere mayor al 25% e inferior o igual al 50% del nivel requerido, el banco podrá repartir como máximo el 40% de las utilidades del ejercicio.

c) Si el déficit fuere mayor al 50% e inferior o igual al 75% del nivel requerido, el banco podrá repartir como máximo el 20% de las utilidades del ejercicio.

d) Si el déficit fuere mayor al 75% del nivel requerido, el banco no podrá repartir utilidades del ejercicio". Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=83135 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

> en cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley, o bien, con los instrumentos a que se refieren las letras b), c) y d) del artículo 66, según lo autorice la Comisión. En todo caso, el requerimiento patrimonial que se imponga a un banco no podrá exceder el 4% de sus activos ponderados por riesgo, netos de provisiones exigidas".

Lo anterior se regula mediante norma de carácter general dictada por la CMF.

Papel de la CMF en la ponderación de los activos para determinación de capital requerido

La ley en su versión original establecía por ley el porcentaje que correspondía a cada activo para efectos de su ponderación por riesgo, clasificándolos en cinco categorías diferentes, cada una con su valor de contabilización. Este tratamiento de los riesgos era muy rígido y, por dicho motivo, la nueva ley modificó el enfoque otorgando facultades a la CMF para determinar la ponderación por riesgo de los activos, mediante la implementación de metodologías estandarizadas que deberán contar con acuerdo favorable del Consejo del Banco Central de Chile. Asimismo, se permite a los bancos implementar sus propias metodologías para la determinación de los activos ponderados por riesgo, siempre dentro de los límites que al respecto fije la CMF, y también con acuerdo favorable del Banco Central[21].

Reconocimiento de instituciones de importancia sistémica

Otro de los avances importantes de la nueva ley es el reconocimiento –proveniente de la experiencia de la crisis del 2007– que "los problemas que afectan a grandes entidades financieras tienen un potencial efecto dominó sobre el resto de las instituciones [...]"[22], por ello, el artículo 66 quáter de la LGB establece que la CMF:

> "[...] determinará, mediante norma de carácter general, y previo acuerdo favorable del Consejo del Banco Central de Chile, los factores y metodología que permitan establecer si un banco o grupo de bancos puede ser calificado de importancia sistémica".

[21] Artículo 67 de la LGB. Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=83135 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

[22] Mensaje Presidencial de fecha 12 de junio, 2017. Mensaje en sesión 32, legislatura 365. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7613/ [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

Entre los factores que permiten establecer dicha calificación se considerarán, sin que estos criterios sean taxativos:

- Tamaño.
- Participación de mercado.
- Interconexión con otras entidades financieras.
- Grado de sustitución en la prestación de servicios financieros.
- Cualquier otro criterio objetivo que se considere relevante para dicho fin.

En definitiva, lo que se persigue con esta calificación es evitar que los problemas que presenten ciertas entidades bancarias o grupos de ellas calificadas como sistémicas puedan arrastrar en sus dificultades a otros bancos y afectar la economía de un país o región o tener efectos internacionales.

Por el mismo acto que la CMF califique la condición sistémica de un banco o grupo de bancos, posteriormente, y sujeto al mismo procedimiento, podrá imponerle una o más de las siguientes exigencias, en tanto mantenga dicha condición, tal como lo dispone el artículo 66 quáter de la LGB:

> "a) Adición entre 1,0 a 3,5 puntos porcentuales al capital básico sobre activos ponderados por riesgo, netos de provisiones exigidas, por sobre el requerimiento mínimo general de 8% al que se refiere el artículo 66.
> b) Adición de hasta 2,0 puntos porcentuales al capital básico sobre activos totales, netos de provisiones exigidas, por sobre el requerimiento mínimo general de 3% al que se refiere el artículo 66.
> c) Que la reserva técnica que establece el artículo 65 sea aplicable desde que los depósitos y demás sumas a que se refiere esa norma excedan de una vez y media su patrimonio efectivo.
> d) Que el margen de préstamos interbancarios establecido en el artículo 84 N° 1, párrafo penúltimo, se rebaje al 20% del patrimonio efectivo".

Del mismo modo, el Consejo de la CMF determinará si un banco deja de ser considerado de importancia sistémica, caso en el cual quedará eximido de las exigencias que se le hubieren impuesto en virtud de dicha calificación.

Es importante destacar que, en todos los casos en que puede verse afectada la estabilidad financiera, las decisiones de la CMF en materia de:

i) metodología y factores necesarios para la calificación de una entidad o de la
ii) denegación de la autorización de una fusión u
iii) otro aspecto, requerirán del acuerdo favorable del Banco Central de Chile.

Distribución de dividendos[23]

En esta materia, la LGB original contemplaba limitaciones a la distribución de dividendos entre los accionistas de un banco en aquellos casos en que se haya perdido parte del capital, mientras este no se recuperase. Tampoco era posible dicha distribución, con cargo a las utilidades del ejercicio determinado, si dicho reparto implicaba incurrir en un cumplimiento de los requerimientos de patrimonio efectivo y capital básico.

La nueva ley introduce limitaciones adicionales en caso de que no se cumpla con los distintos requerimientos de capital. Tales restricciones constituyen, en definitiva, un mecanismo de conservación de capital que busca preservar la capacidad del banco para absorber eventuales pérdidas, evitando un reparto de utilidades que genere una fuga de recursos que podrían ser necesarios para el pago de las obligaciones con los depositantes y demás acreedores.

Bibliografía

Celedón Förster, Rosario (2019): Seminario: "Modernización de la Ley de Bancos: desafíos y nueva institucionalidad (ppt CMF - UDD). Disponible en www.cmfchile.cl/portal/prensa/604/articles-26022_doc_pdf.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Morand Valdivieso, Luis (2011): *Legislación bancaria* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, quinta edición).

Felsenfeld, Carl (2007): *International Banking Regulation* (Huntington, New Yotk: Juris Publishing Inc., 2nd ed.).

Laeven, Luc & Valencia, Fabián (2012): "Systemic Banking Crisis Database", *IMF Economic Review*, WP/12/163. Disponible en www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2012/wp12163.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

Marshall, Enrique (1991): *El sistema financiero y el mercado de valores en Chile* (Valparaíso: CEMLA).

Silva Barrolhet, Paula y Edwards Renard, Javier (1989): *Sistema legal del endeudamiento público externo chileno*, memoria de prueba (Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho).

[23] Relevante en esta materia véanse los artículos del título iv de la LGB (artículos 50 a 57). Disponible en www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=83135 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

Otros documentos

Basel Committee on Banking Supervision (2011): *Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems*. Disponible en www.bis.org/publ/bcbs189.pdf [fecha de consulta: noviembre 2022].

BIS (2019): "Basilea III: marco regulador internacional para los bancos". Disponible en www.bis.org/bcbs/basel3_es.htm [fecha de consulta: noviembre 2022].

Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que moderniza la LGB. Disponible en www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7613/ [fecha de consulta: noviembre 2022].

LA DEBIDA DILIGENCIA CORPORATIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS: UN ANÁLISIS DESDE EL DERECHO COMPARADO

CORPORATE DUE DILIGENCE AND HUMAN RIGHTS: AN ANALYSIS FROM COMPARATIVE LAW

Daniel Uribe Terán[*]
Pablo Alarcón Peña[**]
Pamela Aguirre Castro[***]

RESUMEN: El debate respecto a la responsabilidad de las empresas respecto a los abusos de los derechos humanos perpetrados en el contexto de sus actividades comerciales ha ido ganando relevancia en los últimos años. La necesidad de adoptar un enfoque vinculante respecto a normas y estándares de protección de derechos humanos en el marco de actividades económicas ha llevado a que un número cada vez más elevado de jurisdicciones nacionales adopten leyes que garanticen la prevención de dichos abusos. Este documento realiza una revisión de los principios y estándares que forman parte del deber de debida diligencia en el marco de protección de los derechos humanos y derechos a un ambiente sano en el contexto de actividades comerciales con un enfoque de derecho internacional comparado y con especial atención a la experiencia de América Latina.

PALABRAS CLAVES: debida diligencia, derechos humanos, empresas, Naciones Unidas, Sistema Interamericano.

[*] Licenciado en Derecho y abogado por la Pontificia Universidad Católica de Ecuador y Master en Derecho Internacional (Cum Laude) por el Instituto de Altos Estudios de Ginebra, oficial principal de Programas del Centro Sur y profesor de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES). Correo electrónico: dfuribe@uees.edu.ec

[**] Director de la Escuela de Posgrado en Derecho de la Universidad Espíritu Santo (UEES). Correo electrónico: pabloalarconp@uees.edu.ec

[***] Directora del Observatorio Jurídico Social de la Universidad Espíritu Santo (UEES). Correo electrónico: pjaguirre@ uees.edu.ec

Abstract: The debate regarding the responsibility of companies for human rights abuses perpetrated in the context of their business activities has been gaining relevance in recent years. The need for a binding approach to human rights norms and standards in economic activities has led an increasing number of national jurisdictions to adopt laws to ensure the prevention of such abuses. This document reviews the principles and standards that are part of the duty of due diligence in the framework of protection of human rights and rights to a healthy environment in the context of commercial activities following a comparative international law approach

Keywords: Due diligence, human rights, business, United Nations, Inter-American System.

Introducción

El debate sobre la responsabilidad de los agentes privados y económicos con respecto a los abusos de los derechos humanos perpetrados en el contexto de actividades comerciales ha ido ganando relevancia en los últimos años[1]. Ecuador ha sido un importante referente en los esfuerzos guiados hacia la adopción de estándares vinculantes sobre empresas y derechos humanos a escala internacional[2].

A pesar de que la adopción de los Principios Rectores de las Naciones Unidas (UNGP por sus siglas en inglés)[3] ha servido como uno de los hitos más importantes en la prevención de este tipo de abusos por parte de agentes privados, la continua participación de empresas y firmas comerciales en la violación de derechos humanos es aún una importante preocupación[4]. En dicho marco, las discusiones respecto a la necesidad de adoptar un enfoque vinculante respecto a normas y estándares de protección de derechos humanos en el marco de actividades económicas, ha llevado a que un número cada vez más elevado de jurisdicciones nacionales adopten leyes que garanticen la prevención de dichos abusos.

[1] Uribe (2018).

[2] Ecuador ha sido presidente del Grupo de Trabajo Intergubernamental de Composición Abierta sobre las Empresas Transnacionales y otras Empresas con Respecto a los Derechos Humanos del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas con el mandato de elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el derecho internacional de los derechos humanos desde 2015.

[3] Naciones Unidas (2011).

[4] IndustriALL Global Union (2022).

De igual manera, la necesidad de adoptar medidas urgentes respecto a la reducción y mitigación de los efectos del cambio climático han permitido el desarrollo progresivo de políticas públicas encaminadas a la promoción de actividades comerciales sostenibles. Estas medidas permiten a los países garantizar el cumplimiento de sus compromisos climáticos establecidos en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[5] y el Acuerdo de París[6], entre otros.

Muchos de estos esfuerzos se enmarcan dentro de prácticas de debida diligencia empresarial que va un paso más allá de la responsabilidad social corporativa. Estas prácticas llevan al establecimiento de estándares legales y éticos que incluyen el establecimiento de una cultura organizacional que fomente "actividades comerciales responsables que mejoren el bienestar económico y social"[7]. El presente documento tiene por objetivo realizar una revisión de los principios y estándares que forman parte del deber de debida diligencia en el marco de protección de los derechos y derechos a un ambiente sano en el contexto de actividades comerciales, y que permiten identificar, evaluar y mitigar cualquier "amenaza potencial de daño o perjuicio" a los derechos humanos y al ambiente[8].

I. El estándar de debida diligencia y el deber de cuidado en el derecho internacional y comparado

El principio de debida diligencia en materia empresarial es entendido como un proceso que permite identificar y gestionar riesgos vinculados a sus actividades comerciales. Este estándar es visto como un proceso empresarial que tiene por objetivo principal el de identificar los "hechos, datos y representaciones involucradas en una transacción comercial" con la finalidad de determinar el costo vinculado a los riesgos de dichas transacciones, incluso el riesgo de futuros litigios legales[9].

Sin embargo, la necesidad de promover estándares internacionales de protección de derechos humanos en el ámbito de actividades empresariales ha llevado que más y más Estados conceptualicen la debida diligencia como un proceso que permita investigar y evaluar los impactos de ciertas actividades de acuerdo con un estándar de cuidado debido. Siguiendo este enfoque, los

[5] Naciones Unidas (1992b).
[6] Naciones Unidas (2015).
[7] Kolb (2008), p. 624.
[8] Taylor, Zandvliet, Forouhar (2009), p. 5.
[9] Martin-Ortega (2017), p. 51.

países han dispuesto normas legales o políticas públicas que obliguen a las empresas a evaluar el impacto de sus actividades con la suficiente minuciosidad y cuidado como sea posible esperar de una persona razonable[10].

El Reino Unido ha desarrollado el estándar de deber de cuidado de manera extensa dentro de su jurisprudencia, hasta el punto de emitir una ley del ambiente en 2021[11]. En este país, el principio del deber de diligencia es uno de los avances más importantes en materia de responsabilidad extracontractual y está relacionado con la protección de los derechos humanos en el contexto de actividades comerciales. En dichos procesos, la Corte del Reino Unido ha establecido que dicho estándar crea una obligación legal entre una persona que debe a otra un deber razonable de prever los daños que pueda causar en el desarrollo de dichas actividades. Con base en dicho principio, se establece un nexo causal entre el daño que puede provenir de dichas actividades y la omisión de su identificación previa como parte de esta obligación de cuidado.

El análisis de dicho nexo causal establece la existencia de un nivel de proximidad entre la obligación de prevención o cuidado, y los daños previsibles ligados a sus actividades. En palabras de lord James Atkin, este deber de cuidado consiste en adoptar las medidas necesarias para:

> "evitar actos u omisiones que razonablemente puedan preverse que causarán daño a las personas que se vean tan íntima y directamente afectadas por dicho acto que sería razonable tenerlas en consideración al realizar dicho acto u omisión" (traducción de los autores)[12].

En el caso particular de empresas y derechos humanos, las cortes del Reino Unido han reconocido que las empresas deben tener un conocimiento superior respecto a aspectos relevantes y específicos del sector comercial en el que realizan sus actividades y, por tal, deben tener conocimiento real y adecuado de los riesgos y daños que podrían provenir de sus operaciones[13]. De igual manera, en el caso Vedanta y Royal Dutch Shell[14] la Corte Suprema del Reino Unido ha reconocido la necesidad de incluir el deber de debida diligencia como parte de la cultura corporativa de una empresa, incluida su cadena de valor. De esta manera, esta obligación cumple un papel fundamental en el establecimiento de políticas empresariales en el cumplimiento de estándares internacionales de prevención en el grupo corporativo[15], y sirve como un ele-

[10] Kolb (2008), p. 626.
[11] Sarmiento y Oeschger (2022).
[12] Cámara de los Lores (1932).
[13] Véase Cámara de los Lores (2000) y Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales (2012).
[14] Véase Corte Suprema de Reino Unido (2019) y Corte Suprema de Reino Unido (2021).
[15] Véase Meeran (2021), pp. 8-9.

mento fundamental para establecer bases de responsabilidad legal por negligencia[16].

En el caso de Estados Unidos, la Ley de Reforma de Sentencias de Estados Unidos de 1984, que forma parte de la Ley de Control Integral del Crimen, reconoce el estándar de debida diligencia como un factor mitigante en el establecimiento de la responsabilidad legal de una empresa. De acuerdo con la Comisión de Sentencias de Estados Unidos, un programa de cumplimiento y ética establecido por una empresa requiere al menos:

- Ejercer debida diligencia para prevenir y detectar conductas criminales;
- Promover una cultura organizacional que promueva conductas éticas y compromiso de cumplimiento con la ley[17].

En este sentido, este estándar es entendido como una cultura organizacional debe, como mínimo, establecer estándares y procedimientos para prevenir y detectar conductas delictivas y tomar medidas razonables para garantizar su plena implementación y efectividad, incluido el establecimiento de quejas y procedimientos de responsabilidad y medidas disciplinarias para gerentes y empleados[18].

En derecho internacional, la debida diligencia ha sido conceptualizada como un estándar de conducta que "define y circunscribe la responsabilidad del estado en relación a la conducta de terceros"[19]. De esta manera, obliga a los Estados a prevenir cualquier acto delictivo contra otra nación o su persona en su jurisdicción[20]. La Corte Internacional de Justicia ha reconocido que este estándar es un principio general y bastante conocido en derecho internacional, que obliga a los Estados a usar

> "todos los medios a su disposición para evitar actividades que tengan lugar en su territorio, o en cualquier zona bajo su jurisdicción, que causen daños significativos"[21]

en el territorio de otro Estado, por ejemplo, evitar cambios en el equilibrio ecológico[22] de otro territorio. De esta manera, en derecho internacional los Estados tienen una obligación de conducta de prevenir la comisión de un daño, que se configura en el hecho de no infringir una obligación internacional.

---

[16] Bonnitcha & McCorquodale (2017), p. 903.

[17] Véase United States Sentencing Commission (2018).

[18] *Ibid*.

[19] Bonnitcha & McCorquodale (2017), p. 903.

[20] Véase Corte Permanente de Justicia Internacional (1927), para. 269 y Corte Suprema de Estados Unidos (1887), p. 120.

[21] Corte Internacional de Justicia (2010), para. 101.

[22] Corte Internacional de Justicia (2010), para. 187.

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), la obligación de los Estados de proteger los derechos reconocidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de actividades comerciales implica:

> "[...] el deber positivo de adoptar un marco jurídico que exija que las empresas ejerzan la diligencia debida en materia de derechos humanos a fin de identificar, prevenir y mitigar los riesgos de vulneración de los derechos del Pacto, evitar que se conculquen esos derechos y responder de las consecuencias negativas que hayan provocado o contribuido a provocar sus decisiones y operaciones y las de las entidades que controlan en el disfrute de los derechos consagrados en el Pacto. Los Estados deberían adoptar medidas como imponer los requisitos de la diligencia debida para prevenir las violaciones de los derechos del Pacto en la cadena de suministro de las empresas y por parte de los subcontratistas, proveedores, franquiciados u otros socios comerciales"[23].

Por último, el deber de debida diligencia no puede entenderse como un concepto autónomo, sino como una norma primaria; o la existencia de normas derecho convencional o consuetudinario[24] que requieren el diseño y la implementación de un conjunto de políticas públicas o mecanismos que garanticen la protección de dichas obligaciones primarias. En materia de derechos humanos y empresas esto significa

> "la obligación de la empresa matriz de supervisar las actividades de su filial y tratar de prevenir y mitigar los daños causados por sus relaciones comerciales"[25].

Dichos procesos deben incluir el diseño de políticas internas a lo largo de sus operaciones para identificar y mitigar daños y lesiones previsibles.

II. El derecho a un ambiente sano y el estándar de debida diligencia

La Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano en 1972 (Declaración de Estocolmo), permitió que la comu-

[23] Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2017), para. 16.

[24] McDonald (2019), p. 1044.

[25] Véase Skinner; McCorquodale; De Schutter (2013), p. 30.

nidad internacional inicié un proceso de reconocimiento del derecho ambiental internacional y la identificación del nexo existente entre los derechos humanos y el ambiente[26]. La Declaración de Estocolmo reconoce en su Principio 1:

> "El hombre tiene derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse".

De igual manera, el Principio 7 reconoce la obligación de los Estados a tomar las medidas necesarias para impedir la contaminación de los mares, dañar los recursos vivos y la vida marina, con el objetivo de impedir la capacidad de la utilización legítima del mar. Por su parte, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo reconoce el derecho de participación de la población en general en la toma de decisiones sobre cuestiones ambientales, incluido el derecho de acceso adecuado a la información sobre el ambiente, y acceso efectivo a procedimientos judiciales y administrativos (Principio 10).

Por su parte, el Acuerdo de Escazú sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, adoptada en 2018 es el primer instrumento regional sobre derecho ambiental en la región y reconoce la obligación de los Estados-parte de garantizar el derecho de toda persona a vivir en un ambiente sano. Asimismo, el Acuerdo provee garantías procesales necesarias para garantizar el pleno disfrute del derecho a un ambiente sano, incluyendo la garantía de "los derechos de acceso a la información, participación pública en la toma de decisiones y acceso a la justicia en asuntos ambientales [...]" como medios necesarios para la protección del derecho de "toda persona de las generaciones presentes y futuras a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible". El Acuerdo de Escazú también incentiva de manera directa la elaboración de informes de sostenibilidad de empresas públicas y privadas respecto a su desempeño social y ambiental (artículo 6).

Las Naciones Unidas han reconocido el derecho a un ambiente limpio, saludable y sostenible como un derecho humano en julio de 2022, señalando:

> "[...] la promoción del derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible requiere la plena aplicación de los acuerdos

[26] Véase Naciones Unidas (1987) y Naciones Unidas (1992a).

> ambientales multilaterales con arreglo a los principios del derecho ambiental internacional"[27].

El Comité DESC observó que la protección del ambiente está relacionada con el disfrute de los derechos humanos, incluido el derecho a la vida y la salud, la alimentación y la vivienda consagrados en el artículo 12.2.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (PIDESC). La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y otras personas que viven en zonas rurales (UNDROP) en el artículo 18 también reconoce la obligación del Estado de cumplir con sus obligaciones de cambio climático como parte de sus obligaciones de derechos humanos con los campesinos y otras personas que trabajan en áreas rurales.

III. Debida diligencia y derechos humanos

Los UNGP, fueron desarrollados por el representante especial del secretario general de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie. El Consejo de Derechos Humanos adoptó los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011. Según el representante especial, los Principios Rectores se componen de tres pilares fundamentales[28]:

> "El primero es el deber del Estado de proteger contra los abusos de los derechos humanos por parte de terceros, incluidas las empresas comerciales, a través de políticas, regulaciones y adjudicaciones apropiadas. El segundo es la responsabilidad corporativa de respetar los derechos humanos, lo que significa que las empresas deben actuar con la debida diligencia para evitar infringir los derechos de los demás y abordar los impactos adversos con los que están involucradas. El tercero es la necesidad de un mayor acceso de las víctimas a un recurso efectivo, tanto judicial como no judicial. Cada pilar es un componente esencial de un sistema interrelacionado y dinámico de medidas preventivas y correctivas [...]"[29].

Para John Ruggie, los UNGP reconocieron que las empresas tienen la responsabilidad de respetar los derechos humanos y que:

[27] Naciones Unidas (2022).
[28] Véase Naciones Unidas (2011).
[29] Ruggie (2013), p. 82.

> "deben evitar infringir los derechos humanos de los demás y deben abordar los impactos adversos sobre los derechos humanos con los que están involucrados"[30].

Los Principios Rectores exigen que las empresas:

> "Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos"[31].

Asimismo, el Principio 17 reconoce la necesidad de implementar la debida diligencia en materia de derechos humanos con el objetivo de:

> "identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos, las empresas deben proceder con la debida diligencia en materia de derechos humanos".

Conforme a los Principios Rectores, el proceso de debida diligencia en materia de derechos humanos requiere de una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.

El objetivo detrás de este proceso es el de establecer un mecanismo de "investigación y control" por parte de las empresas[32], y lograr garantizar una:

> "evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas".

De esta manera, la debida diligencia empresarial en derechos humanos implica un conjunto de procedimientos interrelacionados con el objetivo final de mitigar y remediar cualquier impacto adverso sobre los derechos humanos.

Según este procedimiento, las empresas deben identificar y evaluar cualquier riesgo real o potencial para los titulares de derechos en sus operaciones, productos o servicios y relaciones comerciales[33]. La evaluación de estos riesgos debe considerarse desde el comienzo de cualquier operación o relación

[30] United Nations (2011), Principio 11.
[31] United Nations (2011), HR/PUB/11/04.
[32] Bonnitcha & McCorquodale (2017), p. 908.
[33] United Nations (2011), Principios 17-18 y comentario.

comercial, incluyendo disposiciones sobre derechos en contratos o acuerdos de servicios y priorizando las evaluaciones de derechos humanos en contextos o sectores de alto riesgo[34]. El segundo paso requiere la integración de estas conclusiones en las funciones y procesos internos de las empresas mediante la adopción de medidas adecuadas que permitan responder a cualquier impacto en los sujetos de derechos[35].

La integración horizontal de políticas sobre derechos humanos implica el establecimiento de procedimientos internos, que permitan tomar medidas necesarias que posibiliten poner fin a dichas consecuencias, o las puedan prevenir[36]. De igual manera, en caso de que dichos daños no hayan podido ser prevenidos, las empresas tendrán la obligación de repararlas o contribuir a su reparación[37]. Estos procesos requieren que las corporaciones comuniquen estas medidas con suficiente transparencia que permita verificar su responsabilidad y apoye la implementación de derechos humanos como un estándar de conducta que establece la responsabilidad de las empresas por "el impacto adverso en los derechos humanos que resulta de su falta de acción con diligencia razonable"[38].

IV. La debida diligencia empresarial en América Latina

Algunas regiones alrededor del mundo han diseñado políticas públicas y mecanismos dirigidos a identificar y evaluar los riesgos en contra de derechos humanos en el ámbito comercial y empresarial. Estas medidas están encaminadas a mitigar estos riesgos, y deben contar con mecanismos que garanticen una reparación justa y eficaz en caso de daños, y un mecanismo de supervisión y monitoreo que supervise la eficacia real de estas medidas.

Es decir, la debida diligencia empresarial se erige como una garantía de protección de derechos humanos, el potencial de estas medidas puede extenderse hacia el disfrute de la seguridad jurídica para las propias empresas. Por ejemplo, la adopción de regulaciones de diligencia debida en materia de derechos humanos y empresas a escala nacional, regional e internacional pueden contribuir a la mejor comprensión y conocimiento[39] de las responsabilidades

[34] United Nations (2011), Principios 17-18 y comentario.
[35] United Nations (2011), Principio 19 y comentario.
[36] *Ibid*.
[37] United Nations (2011), Principio 22 y comentario.
[38] Bonnitcha & McCorquodale (2017), p. 911.
[39] The Economist Intelligence Unit (2015).

que tienen las personas jurídicas respecto a los derechos humanos y el cambio climático[40].

Una de las regiones más avanzadas en el reconocimiento de la responsabilidad legal de las empresas por violaciones a los derechos humanos es en el continente africano. Por un lado, el artículo 27 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos establece el deber de todo individuo a respetar las libertades y derechos de los demás. Por otro, la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos ha establecido un marco de directrices para la presentación de información por parte de los Estados, sobre el cumplimiento de los artículos 21 y 24 de la Carta, y de las "obligaciones derivadas de estos derechos tanto con respecto al Estado como a las empresas que participan en las industrias extractivas"[41]. Las directrices reconocen el deber de los Estados es centrarse:

> "no sólo en los derechos y protecciones legales a los que tienen derecho las personas afectadas, sino también en las obligaciones de las industrias extractivas y, por lo tanto, permitir que las comunidades locales supervisen las operaciones de las industrias extractivas"[42].

De hecho, de acuerdo con la Comisión Africana:

> "El artículo 27 de la Carta Africana establece los deberes de las personas y [...] la obligación de ejercer los derechos 'teniendo debidamente en cuenta los derechos de los demás'. Claramente, si esta obligación puede imponerse a los individuos, existe una base moral y legal aún más sólida para atribuir estas obligaciones a corporaciones y compañías".

De igual manera, señala que existen diferentes obligaciones aplicables de manera directa a las empresas, en primer lugar:

> "[...] una obligación negativa directa basada en el principio de no hacer daño o, en su formulación positiva, en el principio de diligencia debida. Esto implica que las empresas y corporaciones deben asegurarse de que sus acciones u operaciones no den lugar o desencadenen la ocurrencia de daños o la restricción o privación de los derechos garantizados por la Carta Africana".

Así, para la Comisión Africana, la debida diligencia no solo supone un deber de abstención respecto a la participación o contribución delibera en actos que

[40] The Economist Intelligence Unit (2015), p. 18.

[41] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2017).

[42] Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2017), p. 37.

constituyan o resulten en violaciones de derechos humanos; sino que, además, esta obligación se extiende a:

> "[...] garantizar continuamente que sus actos u operaciones estén en pleno cumplimiento de los derechos humanos y de los pueblos internacionalmente aceptados, normas laborales y medioambientales para evitar cualquier incidente que cause daño o restricción de los derechos de las personas, incluso en situaciones de conflicto".

La Unión Europea se encuentra discutiendo la posible adopción de una directriz encaminada a establecer una obligación de debida diligencia a las empresas europeas en relación con los impactos adversos sobre los derechos humanos y el ambiente, con respecto a sus propias operaciones, las de sus filiales y las llevadas a cabo por sus socios comerciales. También establece normas sobre sanciones y responsabilidad civil por incumplimiento de dichas obligaciones, en particular con respecto a la existencia de 'culpa' como elemento indispensable de la responsabilidad civil de la empresa por violaciones derechos humanos cometidas en su cadena de valor. La Comisión Europea también observó que algunos Estados miembros tienen legislación sobre gobernanza empresarial, pero destacó que:

> "es poco probable que la acción de los Estados por sí sola sea suficiente y eficiente, ya que los problemas de sostenibilidad son de dimensión mundial y tienen efectos transfronterizos (cambio climático, contaminación)"[43].

Para América Latina, la visión de la debida diligencia empresarial se encuentra ligada al deber primordial del Estado de proteger a sus ciudadanos, incluso protegiéndolos de actos realizados por particulares, de cualquier efecto adverso sobre sus derechos, lo que incluye el derecho a un ambiente seguro y saludable[44]. Esta obligación general emana del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta norma establece que cualquier acción, omisión o aquiescencia por parte de un funcionario o ente público que lesione los derechos consagrados en la Convención Americana implicará la inobservancia de esta disposición[45].

De igual manera, el artículo 2 exige a los Estados parte a adecuar y adoptar disposiciones de derecho interno encaminadas a hacer efectivos los derechos

[43] Comisión Europea (2020), p. 2.

[44] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988), Velázquez Rodríguez vs. Honduras.

[45] Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988), Velázquez Rodríguez vs. Honduras, párr. 169.

y libertades contenidos en la Convención. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que esta obligación no se limita-a la adopción de medidas de carácter normativo, sino que al contrario implica:

> "la necesidad de una conducta gubernamental que asegura la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"[46].

En este sentido, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha identificado un nexo común entre el principio de debida diligencia en derecho internacional vinculada al artículo 1.1 y artículo 2 de la Convención Americana, que circunscribe la responsabilidad del Estado en el marco de su relación con la conducta de terceros. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha reconocido que la obligación de proteger el derecho a un ambiente sano se extiende a la esfera privada, mediante la cual los Estados deben impedir que terceros violen este derecho y deben proporcionar medios suficientes para hacer frente a tales violaciones en los casos en que ocurran[47].

Asimismo, la Corte ha considerado que los Estados tienen la obligación de crear "las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones"[48] de los derechos establecidos en la Convención, por lo que es necesario:

> "[...] que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para poner fin a dichas prácticas y prevenir que el derecho a no ser sometido a esas condiciones sea violado, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción"[49].

La Corte IDH también ha reconocido que los UNGP requieren a las empresas actuar:

> "de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos"[50].

---

[46] Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988), Velázquez Rodríguez vs. Hondura, párr. 167

[47] Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020), Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.

[48] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016), Trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil, párr. 317.

[49] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006), Masacre de Pueblo Bello v. Colombia, párr. 120 y Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014), Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia, párr. 518.

[50] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015),Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, párr. 224.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte IDH no establece una obligación directa de las empresas con respecto a las obligaciones establecidas en la Convención Americana, al contrario, establece que la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos emana de la debida diligencia de los Estados en el derecho internacional y por tal:

> "[…] los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia"[51].

En este sentido, la obligación que proviene de la Convención Americana requiere que los Estados adopten medidas positivas en virtud de los instrumentos de derechos humanos para prevenir cualquier acto u omisión realizado por particulares que pueda resultar en la violación de derechos humanos. Esta obligación de debida diligencia recae en los Estados, que deben adecuar sus ordenamientos jurídicos nacionales en línea con dicha obligación, pero, además, deben contar con mecanismos y políticas públicas que permitan su implementación.

Si bien, la mayoría de los países en la región no ha adoptado medidas legislativas específicas respecto a este deber existe un reconocimiento implícito de la noción de respeto a los derechos humanos reconocido por los Estados en el ámbito internacional por medio de su integración al marco constitucional y al bloque de constitucionalidad[52]. De esta manera, y como un elemento de alta importancia respecto al cumplimiento del deber de debida diligencia en el marco de actividades comerciales, el principio de control de convencionalidad contenido en la jurisprudencia de la Corte IDH representa un papel fundamental[53]. Por medio del control de convencionalidad, las decisiones de la Corte IDH tienen un papel complementario a la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos ya que el:

> "Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él el que debe de resolver el asunto a nivel interno y de ser el caso reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales"[54].

[51] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015), Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, párr. 224.

[52] Véase Cantú (2022).

[53] Aguirre (2016).

[54] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), Vereda La Esperanza vs. Colombia, párr. 260.

Por medio del control de convencionalidad los tribunales nacionales podrán requerir la implementación de dicha responsabilidad de manera directa a las empresas. La inclusión de los principios y estándares ligados a la debida diligencia empresarial y a los derechos humanos pueden ser un medio que expanda la protección de los derechos humano y ambiente a escala regional.

Vale la pena señalar que la Corte IDH en la opinión consultiva 23/17 (OC 23/17)[55] estableció que entre el ambiente y los derechos humanos existe una "relación de interdependencia e indivisibilidad", y que la degradación ambiental provoca un impacto negativo en la garantía y el efectivo goce de los derechos humanos. En consecuencia, la Corte IDH reconoció el derecho a un ambiente sano como un derecho autónomo,

> "no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano [...] sino por su importancia para los demás organismos [...] también merecedores de protección en sí mismos",

con lo que integró la visión antropocentrista y la perspectiva biocéntrica, dado que la protección del ambiente va más allá de la utilidad para el ser humano, en busca de su protección, lo cual es un avance trascendental.

La OC 23/17 trae consigo dos importantes principios que forman parte de la debida diligencia empresarial. Por un lado, el de prevención cuando la Corte IDH señala:

> "El Estado tiene la [...] responsabilidad de velar porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no causen daños al medio ambiente de otros Estados o de zonas que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional"[56].

La importancia radica, que la dimensión más importante para la protección del ambiente como derecho se encuentra en prevenir las violaciones.

En la misma línea, se entiende por significativo: "[...] cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal [...]". Este deberá ser determinado tomando en cuenta las circunstancias específicas del caso concreto. Para ello, los Estados deben adoptar, por lo menos, las siguientes medidas:

a) deber de regular;
b) obligación de supervisar y fiscalizar;
c) obligación de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental;

[55] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), opinión consultiva OC-23/17.

[56] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), opinión consultiva OC-23/17, p. 43.

d) deber de establecer un plan de contingencia y
e) deber de mitigar en caso de ocurrencia del daño ambiental.

El segundo principio fundamental, dentro de la OC 23/17 es el principio de precaución. Tomando de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, la Corte señala: "[...] los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades"[57]. Con lo cual, la Corte IDH indicó que los Estados deben actuar conforme a este principio con la finalidad de proteger el derecho a la vida y a la integridad personal. De ahí que es imperante la adopción de medidas que sean eficaces y que, a la vez, permitan prevenir que exista daño, y si es que se da este no sea grave e irreversible.

Conclusiones

En el ámbito internacional, regional y nacional, varios Estados han identificado la necesidad de contar con herramientas que permitan prevenir la violación de derechos humanos por parte de particulares, en especial de empresas y actividades comerciales de toda índole. Uno de los principales logros de estos esfuerzos es la posibilidad de contar con la adopción de un instrumento jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos, discutido en el Grupo de Trabajo Intergubernamental sobre Empresas y Derechos Humanos en el Consejo de Derechos Humanos de la Organización de los Derechos Humanos.

Sin embargo, la cuestión de la remediación y la reparación de daños debido a violaciones de derechos humanos por parte de empresas comerciales se vuelve aún más relevante respecto a los estándares de debida diligencia. Por ejemplo, el relator especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, ha reconocido que el número de casos relacionados al cambio climático presentados en varios países busca responsabilizar a:

> "los gobiernos y las empresas por las emisiones y buscar remedios para los daños causados por su incapacidad para reducir las emisiones que sabían que serían perjudiciales"[58].

El aumento de este tipo de litigios es una clara muestra de la necesidad de contar con estándares internacionales claros, no solo vinculados al deber de prevenir la violación de derechos humanos, sino, también, de establecer prin-

[57] Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017), opinión consultiva OC-23/17, p. 60.

[58] Naciones Unidas (2019), par. 73.

cipios claros de responsabilidad legal por actos que constituyan violaciones de derechos humanos por parte de empresas comerciales.

Bibliografía

Aguirre Castro, Pamela Juliana (2016): "El control de convencionalidad y sus desafíos en Ecuador", *Revista IIDH*, n.º 64: pp. 265-310.

Bonnitcha, Jonathan & Mccorquodale, Robert (2017): "The Concept of 'Due Diligence' in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights", *European Journal of International Law*, vol. 28, issue 3: pp. 899-919.

Cantú Rivera, Humberto (ed.) (2022): *Experiencias latinoamericanas sobre reparación en materia de empresas y derechos humanos* (Berlin: Kondrad Adenauer Stiftung).

Hessbruegge. Jan (2021): "The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence", en Cantú Rivera, Humberto (ed.), *Experiencias latinoamericanas sobre reparación en materia de empresas y derechos humanos* (Berlín: Kondrad Adenauer Stiftung).

Kolb, Robert W. (ed.) (2008): *Encyclopedia of Business Ethics and Society* (Los Angeles/London/New Delhi/Singapore: Sage Publications).

Martin-Ortega, Olga (2017): "Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?", *Netherlands Quarterly of Human Rights,* vol. 32, issue 1: pp. 44-74.

Mcdonald, Neil (2019): "The Role of Due Diligence in International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 68, issue 4: pp. 1041-1054.

Meeran, Richard (2021): "Multinational Human Rights Litigation in the UK: A Retrospective", *Business and Human Rights Journal*, vol. 6, issue 2: pp. 255-269.

Ruggie, John Gerard (2013): *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights* (New York: W. W. Norton & Company, Inc., Norton Global Ethics Series).

Sarmiento, Florencia; Oeschger, Andreas (2022): "Requisitos de diligencia debida para tratar la deforestación: descripción de las propuestas de la UE y del Reino Unido". Disponible en www.iisd.org/es/node/16614[fecha de consulta: 12 de diciembre de 2022].

Skinner, Gwynne; McCorquodale, Robert; De Schutter, Olivier (2013): *The Third Pillar: Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*. Disponible en http://corporatejustice.org/wp-content/uploads/2021/04/the_third_pillar_-access_to_judicial_remedies_for_human_rights_ violation.-1-2.pdf [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2022].

Taylor, Mark B.; Zandvliet, Luc; Forouhar, Mitra (2009): "Due Diligence for Human Rights: A Risk-Based Approach", *Corporate Social Responsibility Initiative Working Paper,* No. 53: pp. 1-23.

Uribe, Daniel & Danish (2020): *Designing a Legally Binding Instrument on Business and Human Rights, South Centre*. Disponible en www.southcentre.int/wp-content/uploads/2020/07/Designing-an-International-Legally-Binding-Instrument-on-Business-and-Human-Rights-REV.pdf [fecha de consulta: 8 de octubre de 2022].

Uribe Terán, Daniel (2018): "Keeping the Head Up: Lessons Learned from the International Debate on Business and Human Rights", *Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*, vol. 2, n.° 2. Disponible en https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30559 [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2022].

Otros documentos

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (2017): *Directrices y principios para la presentación de informes por los estados sobre los artículos 21 y 24 de la carta africana relativos a las industrias extractivas, los derechos humanos y el medio ambiente*. Disponible en www.achpr.org/public/Document/file/English/Articles%2021%20&%2024%20State%20Reporting%20Guidelines.pdf [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2022].

Comisión Europea (2020): *Evaluación de impacto inicial*, Ref. Ares 4034032 (julio de 2020).-Disponible en https://service.betterregulation.com/document/454688 [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2022].

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (2017): Observación general n.º 24, sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales, E/C.12/GC/24. Disponible en www.ohchr.org/es/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-24-state-obligations-under [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2022].

IndustriALL Global Union (2022): "Tres años después de la tragedia de Brumadinho, las víctimas aún esperan justicia y reparaciones". Disponible en www.industriall-union.org/es/tres-anos-despues-de-la-tragedia-de-brumadinho-las-victimas-aun-esperan-justicia-y-reparaciones [fecha de consulta: 12 de diciembre de 2022].

Naciones Unidas (1987): "Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (Informe Brundtland). Disponible en www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2022].

Naciones Unidas (1992a): Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Disponible en www.un.org/es/conferences/environment/rio1992 [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Naciones Unidas (1992b): *Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*. Disponible en https://unfccc.int/resource/docs/convkp/convsp.pdf [fecha de consulta: 9 de diciembre de 2022].

Naciones Unidas (2011): "Human rights and transnational corporations and other business enterprises". Resolution A/HRC/RES/17/4. Disponible en https://undocs.org/en/A/HRC/RES/17/4 [fecha de consulta: 8 de octubre de 2021].

Naciones Unidas (2015). Acuerdo de París. Disponible en https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2022].

Naciones Unidas (2019): "El cambio climático y la pobreza". A/HRC/41/39. Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/218/69/PDF/G1921869.pdf?OpenElement [fecha de consulta: 10 de diciembre de 2022].

Naciones Unidas (2022): "El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible". Resolución A/76/L.75. Disponible en https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/N22/436/75/PDF/N224 3675.pdf?OpenElement [fecha de consulta: 8 de diciembre de 2022].

The Economist Intelligence Unit (2015): *The Road from Principles to Practice: Today's Challenges for Business in Respect Human Rights*. Disponible en https://eiuperspectives.economist.com/sites/default/files/ EIU-URG%20-%20Challenges%20for%20business%20in%20respecting%20human%20rights%20 WEB_corrected%20logos%20and%20UNWG%20thx.pdf [fecha de consulta: 4 de marzo de 2022].

United Nations (1992): *Framework Convention On Climate Change* FCCC/INFORMAL/84 Disponible en www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/CC%20 FCCC%20Informal%2084.pdf [fecha de consulta: 8 de diciembre de 2022].

United Nations (2011): *Guiding Principles on Business and Human Rights.* (A/HRC/17/31). Disponible en www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2021].

United States Sentencing Commission (2018): *Annotated*, *Chapter 8*. Disponible en www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual/annotated-2018-chapter-8#NaN [fecha de consulta: 6 de octubre de 2021].

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988): caso Velázquez Rodríguez, 19 de julio de 1988, Serie C, No. 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988): caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006): caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014): caso Rodríguez Vera y otros (desaparecidos del Palacio de Justicia) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2015): Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam. Fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2016): caso trabajadores de la hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017): Caso Vereda La Esperanza vs. Colombia, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2017. Serie C No. 3413.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017): Opinión consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 15 de noviembre de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020): caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2020. Serie C No. 420.

Chandler v Cape plc [2012] EWCA Civ 525.

Donoghue contra Stevenson [1932] A.C. 562, Cámara de los Lores.

Fábricas de celulosa en el río Uruguay (Argentina v Uruguay), Fondo (2010) CIJ.

International Law', 36 International Law and Politics (2004).

Lubbe v Cape Plc [2000] UKHL 41.

Okpabi & Others v Royal Dutch Shell Plc & Another [2021] UKSC 3.

S.S. Lotus (Fr. v. Turk.), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (Sept. 7), para. 269, y Estados Unidos c. Arjona, 120 U.S. 479 (1887).

Vedanta Resources PLC and another (Defendants/Appellants) v Lungowe and others (Claimants/Respondents) [2019] UKSC 20.

EL CONCEPTO DE SUCESS OF THE COMPANY Y LOS INTERESES DE LOS *STAKEHOLDERS*, EN LA SECCIÓN 172 (1) DE LA UK COMPANIES ACT 2006

THE CONCEPT OF SUCCESS OF THE COMPANY AND THE STAKEHOLDERS' INTERESTS IN SECTION 172 (1) OF UK'S COMPANIES ACT 2006.

Matías Pascuali Tello[*]

RESUMEN: En el presente estudio, analizaremos la sección 172 (1) de la Companies Act del Reino Unido, esta norma es relevante a nivel de análisis comparado, debido a que ha estado en el centro de la discusión relativa a qué se considera interés social, y en la discusión en el ámbito de teoría de gobiernos corporativos esto por la aplicación práctica de las distintas teorías sobre el interés social y la dicotomía entre *shareholder value* y *stakeholder value*.

Como estudiaremos más adelante, esta norma es muy relevante, ya que fue una de las primeras en zanjar en el ámbito legislativo la discusión tomando partido por la teoría del Enlightened shareholder value (ESV).

PALABRAS CLAVES: interés social, *Stakeholders*, creación de valor.

ABSTRACT: In the present study, we will analyse section 172 (1) of the United Kingdom Companies Act, this regulation is relevant at the level of comparative analysis since it has been at the centre of the discussion regarding what is considered interest of the company, and in the discussion at the level of corporate governance theory and its practical applications regarding the different theories on social interest and the dichotomy between shareholder value and stakeholder value.

[*] Profesor investigador del Centro de Derecho Regulatorio y Empresa de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: mpascuali@udd.cl

As we will analyse later, this regulation was relevant since it was one of the first to settle the discussion at the legislative level, taking sides with the Enlightened Shareholder Value (ESV) theory.

Keywords: Interest of the company, Stakeholders, Creation of Value.

Introducción

El concepto de interés social es un tema bastante polémico, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, este es un concepto muy utilizado en distintas legislaciones bajo diferentes nombres, por ejemplo, en Chile en la Ley de Sociedades Anónimas existen varios artículos que hablan del interés social, a saber, el artículo 42:

> "Los directores no podrán: 1) Proponer modificaciones de estatutos y acordar emisiones de valores mobiliarios o adoptar políticas o decisiones que no tengan por fin el interés social)

o el artículo 54:

> [...] podrá darse el carácter de reservado a ciertos documentos que se refieran a negociaciones aún pendientes que al conocerse pudieran perjudicar el interés social [...], relativos a las actuaciones de los directores.

En Chile ha habido un desarrollo muy menor del concepto de interés social, Isabel Zuloaga señala que ha habido una subutilización del concepto de interés social en nuestro sistema jurídico, a diferencia de otros países donde este concepto ha sido la piedra angular del desarrollo del derecho de sociedades[1]. Sin embargo, en el último tiempo ha crecido en relevancia el desarrollo de este tema en la doctrina nacional.

En España se habla de interés común[2], así el artículo 1666 del *Código Civil* español señala: "la sociedad debe establecerse en el interés común de los socios".

En el Reino Unido se habla de "interest of the company" o interés de la Compañía.

Sin embargo, al momento de darle contenido surge el problema, esto debido a que no está claro, ni en las distintas legislaciones ni en la doctrina comparada que se entiende por interés social[3].

[1] Zuloaga (2021), p. 26.
[2] Iraculis (2013), p. 77.
[3] Zuloaga (2021), p. 25.

Es por esto por lo que a lo largo de la historia han surgido distintas teorías que tratan de darle contenido a este concepto.

Teorías relativas al interés social

En el mundo existen dos grandes familias de sistemas jurídicos, por una parte, existe el derecho continental (o *Civil Law*) basado en la supremacía de la norma general dictada por la autoridad, que rige en los países continentales de Europa aquellas jurisdicciones que recepcionaron el derecho de alguno de estos (*v. gr.* Francia, Alemania y España y los países latinoamericanos). Por otro lado, en los países de tradición anglosajona y aquellos que han tenido influencia del Imperio británico (*Commonwealth*) dentro de los cales podemos mencionar al Reino Unido, Estados Unidos o Australia rige el sistema del *Common Law*, basado en el precedente judicial.

Esta dicotomía ha sido relevante en el estudio del tema del interés social, en cada familia jurídica existen distintas teorías que buscan explicar en qué consiste este concepto.

El interés social en el sistema continental

En el derecho continental tradicionalmente se le ha dado contenido al interés social sobre la base de la contraposición de dos teorías: la contractualista y la institucionalista[4].

Estas más que teorías son visiones sobre qué debe entenderse por el contenido del concepto de interés social, y utilizamos el término 'visiones'[5], debido a que, dentro de cada una de estas posturas, sus postulantes no son unívocos respecto de su contenido, sin embargo, tienen visiones comunes respecto del contenido antedicho.

Por un lado, la visión contractualista considera que el interés social no es más que aquel común de los socios[6], es decir, no existiría un interés de la sociedad separado del común de sus accionistas, por lo que las decisiones tomadas en vista dicho interés social implican una decisión tomada en beneficio de los accionistas en su conjunto.

Dentro de esta teoría existen múltiples variantes, estas se establecen en relación con los intereses de qué accionistas son los que conforman este interés

[4] Sánchez-Calero (2019), p. 47.
[5] Zuloaga (2021), p. 26.
[6] Iraculis (2013), p. 92.

común, por ejemplo: la sumatoria de los intereses individuales del conjunto de accionistas; El que representa la mayoría de los socios; el del socio medio; el que corresponde tanto a los actuales como a los futuros socios; aquel definido como interés social por la junta de accionistas frente a situaciones concretas. Aquellos intereses sociales típicos tutelados por normas jurídico-societarias particulares.

Una consecuencia de esta postura es que, en principio, no debieran existir contradicciones entre el interés social y el de los accionistas, esto tiene varias formas de entenderse, pero uno de los grandes problemas de esta postura es la posición de los accionistas minoritarios, cuando su interés es contradictorio con el de los mayoritarios, así existen diversas formas de entender el de los accionistas, así algunos lo consideran como la sumatoria de los accionistas o el común de dicho cuerpo.

Por otro lado, se ha desarrollado la teoría institucionalista, que parte de la base de que la sociedad debe considerarse como una "institución", una entidad distinta a sus accionistas, con intereses propios, así según esta visión el interés social no está formado por la suma de los de los accionistas, sino que es uno propio de la sociedad que, incluso, puede ser contradictorio al de los accionistas.

Un ejemplo de contradicción entre el interés de los accionistas y el social se puede dar en el caso de los grupos societarios, así puede que en los accionistas tengan la intención de preferir una determinada sociedad dentro del grupo, perjudicando a otra sociedad de la cual son accionistas, en este caso se produce un conflicto entre los intereses del grupo societario con los de una sociedad específica, parte de dicho grupo[7].

En Chile, a pesar de que este tema no ha tenido una gran relevancia en materia jurisprudencial, existen fallos que se han referido a este tema, por ejemplo, en causa rol 125.574 de 2020 la Corte Suprema parece inclinarse por la teoría contractualista, en dicho sentido podemos destacar el considerando séptimo, que citando a Matías Zegers e Ignacio Arteaga, señala:

> "Podemos definir 'interés social' como aquel que es común a todos los accionistas y diferente al interés particular de cada uno de ellos, y que se encuentra relacionado con el objeto y causa de la sociedad, que es el motivo que induce a la celebración del contrato de sociedad, en este caso, la finalidad de obtener un beneficio pecuniario y repartirlo entre los socios. Interés social sería 'el interés común de los actuales accionistas de una sociedad en un sentido objetivo y abstracto; el mínimo común denominador de todos los accionistas desde la consti-

[7] Colman (2018), p. 344.

> tución de la sociedad hasta su liquidación, sin considerar ningún elemento externo, agregando que 'el objetivo final de los directores debe ser la satisfacción del interés de la sociedad'. Por lo tanto, el interés social debe ser el elemento subyacente en cualquier acto de la sociedad, sea que fuere realizado por el directorio, los ejecutivos o cualquier otra persona con la autoridad necesaria para representar y/o administrar a la sociedad. De acuerdo al artículo 30 de la LSA este principio es incluso vinculante para los accionistas".

El interés social en el derecho anglosajón

En el derecho anglosajón el tema del interés social se ha estudiado enfocándose en contestar dos preguntas, por un lado, se preguntan: ¿cuál es el propósito de la compañía? Y luego, ¿en beneficio de quién deben administrar los directores?

Así, las posturas que responden estas preguntas han sido, por lo general dos: la denominada *Shareholder primacy* (primacía de los accionistas) y la *stakeholder theory* (teoría de los interesados).

La *sherholder primacy* parte de la base que lo relevante en la compañía son sus accionistas, estos son los que ponen en riesgo su patrimonio para que el negocio exista y, por lo tanto, las respuestas a las preguntas planteadas son que el propósito de la compañía es la obtención de beneficios para los accionistas y como consecuencia de esto los directores de las empresas deben tomar sus decisiones tomando en cuenta de forma única y exclusiva el interés de los accionistas.

Asimismo, la *shareholder primacy* señala que los administradores deben enfocarse en el interés de los accionistas, maximizando su riqueza y excluyendo los de terceros o considerando estos como secundarios.

Esta es la visión que ha primado en Estados Unidos y en el Reino Unido hasta los primeros años del siglo XXI[8].

Bajo esta teoría los directores de empresa estarían violando sus deberes fiduciarios con la compañía si es que al tomar sus decisiones consideran otros intereses distintos a los de los accionistas.

Como respuesta a esta teoría, en la década de 1980 surgió la teoría del *stakeholder theory* (*stakeholders* son todos aquellos que tienen un interés en la empresa, *v. gr.*: trabajadores, proveedores, acreedores, la comunidad, etcétera).

Esta teoría señala que, si bien los accionistas son relevantes, no son los únicos que cuyo interés debe ser considerado al tomar una decisión al interior

[8] Zuloaga (2021), p. 30.

de la compañía, ya que estos están en una situación de igualdad con los otros interesados, por lo que la respuesta a las preguntas señaladas en este caso sería que el propósito de la compañía es lograr el beneficio de todos los interesados, incluidos los accionistas, y que los directores deben tomar en consideración el beneficio de todos los interesados. Esta teoría tiene complicaciones importantes, por ejemplo, un director podría ser responsable por preferir el interés de los accionistas por sobre el de otros *stakeholders*, dándole a estos últimos acción directa para dirigirse contra los directores en dicha situación.

Esta teoría ha sido recepcionada, por ejemplo, en la legislación corporativa en Japón[9].

Como un punto intermedio en la década de 2000, en los escritos de Michael Jensen[10] surge la denominada del Enlightened Shareholder Value Theory, esta señala que los directores al tomar sus decisiones deben tener como fin último el interés de los accionistas, pero considerando el interés de los accionistas en el largo plazo, generando valor para la empresa, teniendo en cuenta el interés no solo de los accionistas actuales, sino, también, el de los accionistas futuros.

De este modo, la única forma de generar valor en el largo plazo para los accionistas es respetando los intereses de los *stakeholders*, los cuales no se encuentran en la misma posición de los accionistas, pero cuyos intereses se encuentran en sincronía con los primeros, pues el beneficio de ellos solo se logra con la generación de valor en el largo plazo más que maximizando dicho valor.

Companies Act 2006, sección 172 del Reino Unido, ¿una nueva forma de entender el interés social?

La sección 172 (1) de la Companies Act 2006[11] del Reino Unido establece lo siguiente:

> "El deber de promover el éxito de la empresa
> 1) El director de una empresa debe actuar en una forma que considere, de buena fe, sería más probable que promueva el éxito de la compañía en beneficio de sus miembros en su conjunto, y al hacerlo, tener en cuenta (entre otras cosas)
> (a) las posibles consecuencias de cualquier decisión a largo plazo,

[9] Yuzao (2009), pp. 167, 169.

[10] Jensen (2010), p. 3.

[11] Disponible en www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/46/contents [fecha de consulta: diciembre 2022].

(b) los intereses de los empleados de la empresa,
(c) la necesidad de fomentar las relaciones comerciales de la empresa con proveedores, clientes y otros,
(d) el impacto de las operaciones de la empresa en la comunidad y el medio ambiente,
(e) la conveniencia de que la empresa mantenga una reputación de altos estándares de conducta empresarial, y
(f) la necesidad de actuar de manera justa entre los miembros de la empresa"[12].

Historia

Antes de la dictación de la Companies Act 2006 existía el deber jurisprudencial en C*ommon Law* de actuar de buena fe en el mejor interés de la empresa, basado principalmente en el caso Smith v. Fawcett[13], en dicho fallo, lord Greene señaló que en los casos cuando los estatutos de una compañía entreguen discreción a los directores al tomar decisiones, estos deben ejercer dicha discreción de buena fe en una forma que ellos consideren es en el interés de la compañía.

Esta regulación jurisprudencial tenía dos problemas:

1) ¿Cuáles son los intereses de la compañía?
2) La dificultad en determinar si una decisión en particular tomada por un director, lo fue hecho según lo que él considera como el interés de la compañía, y no con otros intereses, lo que se denominó en dicho fallo "propósito colateral".

[12] Duty to promote the success of the company

(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to– (a)the likely consequences of any decision in the long term,

(b) the interests of the company's employees,

(c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,

(d) the impact of the company's operations on the community and the environment,

(e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and

(f) the need to act fairly as between members of the company.

[13] [1942] Ch 304.

Concepto de Interés de la compañía en el Common Law pre CA2006

Como ya nos referimos previamente, el primero en hablar del concepto de "interés de la compañía" fue lord Greene en Smith v. Fawcett.

La pregunta de en qué consiste el interés de la empresa, previo a la dictación de la Companies Act 2006, estaba íntimamente ligado a qué se entiende por empresa, así, por ejemplo, David Kershaw se pregunta que si al ser una compañía una persona jurídica (*legal person*), tiene esta intereses propios o es necesario definirlos de acuerdo con los intereses de otros grupos, tales como accionistas u otros interesados, por ejemplo, acreedores o trabajadores[14].

Por regla general, el Common Law pre CA 2006 no buscaba identificar un interés propio de la compañía, que fuere distinto al de sus constituyentes.

Así, por ejemplo, en el caso Brady v. Brady[15] se señalaba que los intereses de la compañía, una persona artificial, no pueden distinguirse de los de las personas que la forman.

En la etapa pre Companies Act 2006, el concepto de interés de la empresa, bajo el C*ommon Law*, estaba relacionado con el interés de los accionistas, con una sola excepción, el caso de los acreedores de una empresa que estuviera en vías de insolvencia, que tenía una regulación especial.

Adopción del ESV

El año 1997, el gobierno laborista de Tony Blair estableció el Company Law Review Steering Group (CLRSG), cuyo objetivo principal era diseñar un marco regulatorio del derecho de la empresa que facilitara los negocios y promoviera la transparencia y el trato justo en los negocios[16].

El año 1999, publicó un informe en el cual se reconoció que el sistema existente en ese momento en el Reino Unido operaba largamente en favor de los accionistas de las empresas, motivo por el cual dicho informe estableció como objetivo para una eventual reforma establecer una regulación que balanceara los intereses de las empresas con los de los accionistas, acreedores y otros interesados[17].

En una etapa preliminar propuso dos posibles formas de enfrentar la reforma a los deberes de los directores: el modelo Enlightened shareholder value (modelo ESV) y el modelo pluralista.

[14] Kershaw (2012), p. 335.
[15] [1988] BCLC 20.
[16] Company Law Review Steering Group (1999), parr. 1.
[17] Company Law Review Steering Group (1999), parr. 3.51.

El modelo ESV planteaba que los intereses de los accionistas debían prevalecer, sin embargo, a diferencia de la práctica existente se le añadió un elemento inclusivo de otros interesados, señalando que dicha prevalencia del interés del accionista debía basarse en la idea de una maximización de utilidades en el largo plazo que solo podía darse a través del establecimiento de relaciones cooperativas con los varios interesados, no accionistas, es decir, los *stakeholders*. Esto último, solo podría lograrse de existir una relación de confianza entre todos los interesados y afectados por la empresa.

Por otro lado, el modelo pluralista, postulaba que no se les podía otorgar de forma automática preferencia a los accionistas sobre otros interesados, y que los directores debían buscar balancear potenciales conflictos de intereses entre eventuales *stakeholders* o entre *stakeholders* y accionistas. Unos de los argumentos de los seguidores de este modelo señalan que darles una prioridad automática a los accionistas es poco eficiente para la empresa, debido a que estos pueden ser reacios a efectuar ciertas inversiones que tengan efecto en el largo plazo.

El CLRSG finalmente, y luego de múltiples consultas a los actores del ámbito empresarial británico, optó por el modelo ESV, definiendo los deberes de los directores, manteniendo la supremacía del interés y valor de los accionistas; sin embargo, al hacerlo señaló como una de las causas el hecho de que el modelo pluralista tenía un problema de aplicación práctica, debido a la dificultad de hacer cumplir una norma comprensiva que reflejara el enfoque pluralista.

Luego de los informes finales de la CLRSG, la Cámara de los Comunes emitió un *white paper* con conclusiones para la reforma del derecho corporativo, el denominado *White Paper on Modernizing Company Law*, en él, al tratar el tema de los deberes fiduciarios de los directores y al discutir las dos posturas señaladas, siguió la recomendación de la CLRSG, en cuanto a adoptar en su propuesta de modificación el modelo ESV, señalando que este modelo mantiene el deber primario de los directores, que es maximizar el valor en beneficio de los accionistas, si bien, existen otras relaciones que deben tomarse en cuenta al tomar decisiones en el ejercicio de sus cargos, así deberán considerarse los intereses de los trabajadores, clientes, proveedores, residentes locales, el impacto medioambiental de las actividades de la empresa y la reputación corporativa a los ojos del público.

Por otro lado, el *white paper*, siguiendo a la CLRSG, desechó el modelo pluralista, debido a que requeriría que los directores consideraran el interés de otros interesados en derecho propio (no como un mecanismo a forma de lograr valor para el accionista), y que esto podía confundir a los directores al tomar sus decisiones, además de crear un clima litigioso en las empresas en que sus *stakeholders* consideraran que su interés no había sido tenido en cuenta al tomar decisiones por el directorio[18].

[18] House of Commons, Trade and Industry Committee (2003), parr. 3.13 and ss.

La conclusión final del *white paper* establece que la ley propuesta debe proveer un marco regulatorio para promover una buena salud de la compañía al largo plazo, tomando en consideración los intereses de los accionistas y mayores responsabilidades sociales corporativas.

Además, señala que esta propuesta es un gran avance, por primera vez, reconoce de manera explícita que los buenos administradores deberán tener en consideración un más amplio rango que el interés de los accionistas, el que, considerado separada e individualmente, puede llevar a los directores a tomar decisiones que miren solo al corto plazo.

Análisis de la Sección 172 (1) de la Companies Act 2006

La Companies Act 2006 reemplazó el antiguo deber de actuar en buena fe en el mejor interés de la compañía por del deber de promover el éxito de la misma.

Una de las primeras novedades que estableció la normativa es el cambio del concepto existente en el *Common Law* de actuar en el mejor interés de la compañía; ahora, la norma establece el deber de promover el éxito de esta, no en cuanto a una persona jurídica, sino que en beneficio de los accionistas.

Con todo, esta nueva redacción habla expresamente de éxito de la compañía, no habla de maximizar el valor de la misma o del valor de sus acciones, esto abre las puertas a pensar que quizá el éxito de ella no necesariamente tiene una relación inmediata al valor o beneficio económico inmediato de ésta o de sus accionistas. Esto es un tema muy importante, ya que permitiría, por ejemplo, la toma de decisiones que tal vez en el corto plazo pueden ser, incluso, perjudiciales en el ámbito patrimonial de los accionistas, pero que, en el largo plazo, reputacionalmente sí se puedan considerar éxito para la empresa.

La forma como se redactó la norma señalada, usando el concepto de 'éxito' en vez del de 'valor' es, en nuestra opinión la correcta, esto porque es una realidad actual que no todas las compañías apuntan a maximizar los beneficios económicos de sus miembros, las empresas hoy pueden tener fines diferentes como las denominadas empresas B[19] o empresas que buscan objetivos no lucrativos.

Lo anterior nos lleva a pensar si en realidad esta norma representa el ESV o quizá, a pesar de lo buscado por el legislador británico, abre la puerta al *stakeholder primacy*.

[19] Empresas B son aquellas que buscan conseguir el triple impacto (económico, social y ambiental) de manera simultánea, con un compromiso de mejora permanente, legal y a largo plazo. Son parte de un movimiento global que está presente en todo el mundo.

Otro tema muy importante es que la norma habla del éxito de la compañía en beneficio de sus miembros en su conjunto y, al hacerlo, tener en consideración a los distintos *stakeholders* mencionados en la norma, esto es una manifestación clara del ESV, debido a que da a entender que el beneficio de los miembros o accionistas, pasa, a su vez, por respetar o tener en consideración los intereses de los *stakeholders*, es decir, reconoce el hecho de que el éxito de la compañía pasa por la obtención de un beneficio para los accionistas, pero que dicho beneficio solo se logra respetando los intereses de los terceros afectados por la empresa.

Luego, la norma establece un listado no taxativo de quienes deben tener en cuenta los directores al tomar sus decisiones ejecutivas y dentro de estos hace una mención muy relevante, incluye la frase: las posibles consecuencias de cualquier decisión a largo plazo.

Esta es una de las mayores novedades de esta norma, debido a que, en nuestra opinión está incluyendo expresamente los intereses de los accionistas no solo actuales, sino que, también, de los accionistas futuros.

Acá surge una pregunta muy relevante, ¿deben estos accionistas futuros considerarse como dentro del concepto de accionistas y, por lo tanto, el director debe tenerlos en consideración final de sus decisiones, o esta norma los está considerando como *stakeholders* y, por lo tanto, como una especie de protección indirecta o supeditada al beneficio de los actuales accionistas?.

Creemos que la norma está tomando la primera postura, y esto es relevante y novedoso, ya que incluye como sujeto de protección al potencial accionista, para explicar esta postura y tomando un caso concreto, podrían los directores de una empresa tomar una decisión que, si bien legalmente puede no ser cuestionable, puede serlo por sus efectos reputacionales y que pueda, más adelante, causar un perjuicio a accionistas futuros, pero un beneficio directo a los accionistas actuales.

En este caso, y según esta norma el director podría tomar esta decisión económicamente perjudicial en el presente, pero que en el futuro va a significar un beneficio para los accionistas de ese momento.

Una de las preguntas importante que cabe hacernos es, ¿qué pasa si se generara un conflicto de intereses entre un accionista y alguno de los *stakeholders* protegidos?, si bien este artículo opta por el ESV y, por lo tanto, el interés que deben tener los directores es en último término el de los accionistas, el propio artículo señala que al hacerlo debe tenerse en cuenta el interés de estos otros interesados, ¿cuál interés es preponderante?

Es nuestra opinión que en tal caso los directores tienen la libertad para tomar una decisión, si bien el beneficio de los *stakeholders* está supeditado al éxito de la compañía y beneficio de los accionistas, la misma norma da a entender que ese beneficio se logra solo a través del respeto de los intereses de

dichos interesados, por lo que un beneficio o éxito empresarial que se logre perjudicando a algún *stakeholder* creemos que no se encuentra protegido por la sección 172 (1) de la CA 2006.

Qué pasa, entonces, si el director toma una decisión teniendo en vista el éxito de la compañía, pero sin tener en cuenta a los *stakeholders* mencionados en las letras (a) a (f) de la sección 172 (1).

De la lectura de la norma nos parece que la omisión de un director en tomar en consideración el interés de los interesados es un incumplimiento, exigible judicialmente, empero los intereses de estos parecieran estar supeditados al éxito de la empresa, por lo que nos queda la duda de si estos pudieran accionar de forma directa. Si tomamos en consideración que al dictar esta legislación se buscó reflejar el principio del ESV y no el *stakeolder primacy*, es plausible pensar que no sería conveniente que tuvieran acción directa, esto lleva a preguntarnos, ¿es esta norma un reflejo del ESV o del *stakeholder primacy*?

¿Constituye esta nueva norma una novedad respecto de lo que existía anteriormente?

El nuevo deber de promover el éxito de la compañía es una novedad respecto de lo que existía antes, esto debido a que la nueva ley se basó en un estudio y discusión muy doctrinal, discutiendo tendencias modernas relativas a finalidades y naturaleza de las compañías, así esta redacción es un gran avance y fue la primera legislación en reconocer de forma expresa los intereses de los *stakeholders*, supeditados al éxito social.

Al momento de discutirse el proyecto, la comunidad empresarial se vio bastante preocupada, debido a lo que consideraban era un gran cambio legislativo y no un mero reflejo en la ley de la situación jurisprudencial existente hasta ese momento.

Un ejemplo de esta preocupación fue una carta publicada en el *Financial Times* el 9 de mayo de 2006[20], en la cual el presidente de la City of London Law Society, James Palmer señalaba que los requisitos que imponía el proyecto de ley en lo relativo a lo establecido en la sección 172 (1), amenazaba que la nueva legislación iba a ser incompatible con el manejo práctico de las compañías, así señalaba:

> "escribo para expresar una seria preocupación por las disposiciones del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Sociedades que codifi-

[20] Disponible en www.ft.com/content/04a927b4-deca-11da-acee-0000779e2340 [fecha de consulta: diciembre 2022].

> can los deberes de los directores. En particular, a pesar de publicar tres series de diseños revisados en los últimos días, el gobierno desafortunadamente no ha abordado las preocupaciones fundamentales planteadas por los especialistas en derecho de las empresas y la comunidad empresarial. La legislación propuesta continúa imponiendo un proceso obligatorio a todos los directores de empresas del Reino Unido en relación con todas y cada una de las decisiones o acciones que toman.
>
> Los requisitos del proyecto de ley requieren que los directores, en el cumplimiento de sus deberes de buena fe para promover el éxito de la empresa en beneficio de los miembros en su conjunto, tengan en cuenta seis factores: estos incluyen no solo los intereses de los empleados, pero también las relaciones con clientes y proveedores, el impacto en la comunidad y el medio ambiente y la conveniencia de que la empresa mantenga una reputación de altos estándares de conducta empresarial.
>
> Al imponer un proceso obligatorio, el proyecto de ley impondrá requisitos de proceso potencialmente costosos para las empresas. Además, amenaza con hacer que la ley de sociedades del Reino Unido sea incompatible con el funcionamiento práctico de las empresas.
>
> ¿Quién, como director, estaría seguro de que siempre tendrá en cuenta los seis factores enumerados en relación con cada decisión o acción que tomó, en lugar de solo aquellos que De buena fe le parecen relevantes? Ciertamente, no son los directores de la mayoría de las empresas más pequeñas, cuya vida la factura en otros lugares ayuda a aliviar".

Esto es solo una muestra de lo radical y novedoso que fue el proceso de reforma de los deberes de los directores en el Reino Unido, situación que generó un cambio radical en la forma cómo las empresas enfrentan su pertenencia a la sociedad.

¿Es en realidad una manifestación del ESV o se abre la puerta al *Stakeholder primacy*?

Como hemos señalado, el CLRSG en su informe y luego el Parlamento a través de su *White Paper on Modernising Company Law,* fijaron como fundamento doctrinal de la nueva normativa sobre deberes de los directores el enfoque ESV.

Dicho enfoque ESV es fijado en el *white paper,* señalando que los deberes de los directores se manifiestan en que el deber primario de un director de la empresa es maximizar el valor para los accionistas de la compañía. Si bien,

a esto se agrega que otras relaciones son significativas y deben tomarse en cuenta. Todas estas otras interacciones deben tomarse en cuenta al determinar lo que es de interés de los accionistas.

Una definición de ESV puede ser:

> "el ESV es la idea que las corporaciones deben perseguir la riqueza de los accionistas con una orientación a largo plazo que busca un crecimiento sostenible y ganancias, basado en la atención responsable a toda la gama de intereses de las partes interesadas relevantes (*stakeholders*)"[21].

La gran diferencia del ESV con el *stakeholder primacy* es que, si bien en ambos casos los directores deben tener en vista los intereses de los *stakeholders* al tomar decisiones, en el caso del ESV esta última está supeditada al beneficio de la empresa y de los accionistas; en cambio, en el *stakeholder primacy*, el interés de los *stakeholders* es primario en la toma de decisiones de los directores.

Al revisar el texto de la sección 172 (1) observamos que su redacción sigue el enfoque ESV, ya que el actuar del director debe tener como fin el éxito de la compañía, y subordinado a este el interés de los *stakeholders*, aun cuando, según se ha analizado la aplicación práctica de esta norma, se puede concluir que los interesados podrían, incluso, tener acción para exigir judicialmente de los directores el respeto de sus intereses al interior de la empresa, lo que acerca en la practica la norma al enfoque de la primacía de los s*takeholders*.

¿Qué ha pasado con el ESV luego de la dictación de esta norma?

El desafío más fuerte al enfoque ESV ha sido presentado por los defensores del *stakeholder primacy*, que fue rechazado por los legisladores británicos. El *stakeholder primacy* requiere que los directores equilibren los intereses de las diferentes partes interesadas que han contribuido a la empresa.

Los partidarios de la teoría señalan que esta norma, si bien establece un nivel de protección a los *stakeholders* o interesados, dicha protección se ve subsumida al interés de los accionistas, dándoles un carácter secundario en la toma de decisiones de los directores, además se critica que la norma, a primera vista, es muy relevante, ya que enumera a los interesados, pero dicen que puede transformarse en un león sin dientes, en el sentido de que, si bien hace mención a intereses de terceros no les entrega ningún tipo de acción para proteger

[21] Millon (2010), p. 1.

sus intereses, por lo que finalmente la decisión queda entregada de todas formas a los directores quienes pueden tomar sus decisiones en vistas del interés de los accionistas, lo que en último término no constituye ninguna diferencia respecto de la Shareholder theory.

Conclusión

El enfoque adoptado por la ley inglesa establece un feliz punto medio entre las teorías del *shareholder y el stakholder*, y es una forma efectiva de acomodar los intereses de todos los involucrados en la empresa sin perder el foco, de que el interés más relevante es el de los accionistas que son los que arriesgan su patrimonio para la existencia de la empresa.

El análisis de esta norma muestra una experiencia comparada en que el proceso legislativo tuvo un fuerte contenido teórico, esto les permitió establecer un sistema de deberes de los directores de acuerdo con los tiempos actuales, tomando en consideración todos los actores, es nuestra opinión que este estudio puede mostrar un ejemplo de lo que debiéramos hacer en Chile en esta materia.

Bibliografía

Colman, Luis (2018): "El Interés social y la protección de los accionistas minoritarios en el derecho de grupos de sociedades", en Carvajal, Lorena y Toso, Ángela (eds.), *Estudios de derecho comercial. Octavas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Santiago: Thomson Reuters).

Company Law Review Steering Group (1999): *Modern Company Law for a Competitive Economy, Final Report*. Disponible en https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20070603164510/http://www.dti.gov.uk/cld/final_report/prelims.pdf [fecha de consulta: 9 de febrero de 2023].

Company Law Review Steering Group (2000): *Modern Company Law for a Competitive Economy: Developing the framework*. (London: Department of Trade and Industry).

House of Commons, Trade and Industry Committee (2003): *White Paper on Modernizing Company Law*. Disponible en https://publications.parliament.uk/pa/cm200203/cmselect/cmtrdind/439/439.pdf [fecha de consulta: 2 de febrero de 2023].

Iraculis, Nerea (2013): *Conflictos de interés del socio* (Madrid: Marcial Pons).

Jensen, Michael (2010): "Value Maximization: Stakeholder Theory and the Corporate Objective Function", *Journal of Applied Corporate Finance*, vol. 22, issue 1: pp. 43-58.

Kershaw, David (2012): *Company Law in Context* (OUP, 2nd edition).

Millon, David (2010): "Enlightened Shareholder Value, Social Responsibility, and the Redefinition of Corporate Purpose Without Law", *Washington & Lee Legal Studies Paper,* No. 2010-11: pp. 1-47.

Sánchez-Calero, Juan (2019): "El interés social como principio orientador del gobierno corporativo", en Martínez Echeverría, Alfonso (ed.), *Interés social y gobierno corporativo sostenible: deberes de los administradores y deberes de los accionistas* (Navarra: Aranzadi).

Yuzao, Yao (2009*):* "Historical Dynamics of the Development of the Corporate Governance in Japan", *Journal of Politics and Law*, vol. 2, No. 4: pp. 167-174.

Zegers, Matías; Arteaga, Ignacio (2004): "Interés social, deber de lealtad de los directores y conflictos de interés en empresas multinacionales: un análisis comparado con la legislación de los Estados Unidos de América", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, n.° 2: pp. 239-268.

Zuloaga, Isabel (2021): "El interés social como principio rector del actuar de la empresa moderna", en Vásquez Palma, María Fernanda (ed.), *Estudios de derecho comercial. X Jornadas Chilenas de Derecho Comercial* (Valencia: Tirant Lo Blanch).

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONSUMO DE DROGAS DENTRO DEL HORARIO DE TRABAJO

CONSIDERATIONS REGARDING DRUG USE WITHIN WORK HOURS

Sergio Fuica Gutiérrez[*]

Resumen: En el presente trabajo abordaremos un tema de tratamiento poco sistemático en nuestro país, cual es efectuar consideraciones en torno al consumo de drogas en el ámbito laboral, específicamente dentro de la jornada de trabajo. Para ello, haremos referencia a diversos aspectos relevantes, tales como las hipótesis de ocurrencia, sus consecuencias, así como la generación de obligaciones para el empleador y eventuales sanciones.

Palabras claves: derecho laboral; jornada de trabajo; consumo de drogas.

Abstract: This paper addresses a topic of unsystematic treatment in our country, which is to make considerations about drug use in the workplace, specifically within the workday. For this, the author refers to various relevant aspects, such as the hypotheses of occurrence, its consequences, as well as the generation of obligations for the employer and eventual sanctions.

Keyword Labor law; working days, drug consumption

Prolegómeno

El consumo de drogas en el ámbito laboral no tiene un tratamiento sistematizado en nuestra legislación, por lo que –a fin de contribuir a un inicio de sis-

[*] Abogado. Magister en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Master en Litigación por la California Western School of Law. Correo electrónico: sfuica@guerrero.cl

tematización– para su estudio es necesario realizar una serie de distinciones y descripciones. En primer lugar, nos referiremos a la relevancia de la distinción entre el consumo de drogas dentro de la jornada laboral y fuera de ella, así como relevar la importancia del reglamento interno de orden, higiene y seguridad. Posteriormente, nos referiremos a la configuración del deber de protección del empleador en el contexto del problema que nos ocupa y las sanciones que pueden derivar de su incumplimiento. Por último, a fin de intentar entregar una conclusión fundada, abordaremos el tema que en nuestra opinión subyace a la problemática del consumo de drogas en la jornada laboral, cual es la libertad.

I. Importancia de distinguir entre el consumo dentro de la jornada laboral y fuera de ella

En esta materia es sumamente importante tener en consideración lo establecido en el artículo 5° inciso primero:

> "El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudieran afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos".

Como veremos, este principio se ve reflejado en otras normas relevantes en la materia tales como los artículos 153 inciso primero, 154 y 154 bis, todos del *Código del Trabajo*. Las disposiciones en comento son relevantes, pues la primera de estas establece la obligación para todas aquellas:

> "empresas, establecimientos, faenas o unidades económicas que ocupen normalmente diez o más trabajadores permanentes, contados todos los que presten servicios en las distintas fábricas o secciones, aunque estén situadas en localidades diferentes, estarán obligadas a confeccionar un reglamento interno de orden, higiene y seguridad que contenga las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento".

Por su parte, las normas posteriores regulan el contenido mínimo de dicho reglamento interno y, por último, el artículo 154 bis impone la obligación de "mantener reserva de toda la información y datos privados del trabajador a que tenga acceso con ocasión de la relación laboral".

De estas normas, la Dirección del Trabajo[1] ha extraído dos conclusiones. En primer lugar, que el empleador se encuentra legalmente facultado para regular la vida en la empresa, esto es, las obligaciones y prohibiciones que afectan a los trabajadores. En segundo lugar, que dichas facultades se encuentran limitadas de manera especial y temporal a las labores, permanencia y vida de los trabajadores en las dependencias de la empresa.

En ese sentido, es importante distinguir que el ámbito de control que puede ejercer el empleador, incluyendo el consumo de drogas y alcohol, encuentra una doble limitación en el derecho a la honra y la privacidad de los trabajadores y, de manera adicional, en la especialidad y temporalidad en que los trabajadores se encuentren efectivamente en la empresa. Esto tiene consecuencias relevantes y de forma inmediata surgen dudas respecto de las situaciones que se encuentran en espacios límite al control de empleador.

Dicho lo anterior, podemos señalar que el presente asunto, más allá de tratarse sobre un análisis somero sobre el cumplimiento de reglamentos, obligaciones y prohibiciones para los trabajadores, abarca cuestiones de suma relevancia, tales como la libertad positiva y negativa, la libertad de trabajo, la libertad de organizar el propio negocio y, por supuesto, las garantías fundamentales de los trabajadores como ciudadanos en la empresa.

1. Reglamento interno

Como veníamos señalando, las obligaciones y prohibiciones que puede establecer el empleador no pueden imponerse arbitrariamente. Muy por el contrario, debe encontrarse en un reglamento interno de orden, higiene y seguridad, en el cual el contenido mínimo consagrado en el numeral décimo dispone que deben indicarse:

> "las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, las que sólo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria".

Adicionalmente, debe recordarse que el artículo 154 del *Código del Trabajo* en su inciso final de nuevo se preocupa de las obligaciones y prohibiciones estableciendo:

> "Las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia el número 5 de este artículo, y, en general, toda medida de control, sólo podrán efectuarse por medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral y, en todo caso, su aplicación deberá ser general,

[1] Ordinario n.° 1163/ pronunciado el 2 de marzo de 2018.

garantizándose la impersonalidad de la medida, para respetar la dignidad del trabajador".

Lo anterior no es baladí, ya que además de establecer mecanismos objetivos e impersonales, nuevamente enfatiza la importancia de las garantías para los trabajadores en cuanto limitación para las potestades del empleador.

En cuanto a la exigencia de "medios idóneos y concordantes con la naturaleza de la relación laboral", existe jurisprudencia administrativa[2] que postula que la limitación de los derechos constitucionales de los trabajadores no podrá verificarse a discreción de los empleadores, sino en la medida que sea idónea y armónica con la naturaleza de la relación laboral específica de que se trate. A su vez, y de un modo que permite reunir ambos requisitos aplicables y con ello verificables respecto a cada caso en particular como criterio para resolver tales colisiones, para aquellos casos en que no se hubiere resuelto por el legislador, el denominado principio de proporcionalidad, por medio del cual se produce un examen de admisibilidad o ponderación de la restricción que se pretende adoptar basado en la valoración del medio empleado (constricción del derecho fundamental) y el fin deseado (ejercicio del derecho fundamental)[3].

Tal principio de proporcionalidad admite una subdivisión en tres subprincipios, a saber:

i) El principio de adecuación o idoneidad, según el cual, el medio empleado debe resultar apto o idóneo para la consecución del fin propuesto, resultando inadecuada, en consecuencia, la limitación de un derecho fundamental, cuando ella no sirva para proteger la garantía constitucional en conflicto;
ii) El principio de necesidad, según el cual la medida limitativa debe ser la única capaz de obtener el fin perseguido, de forma tal que no exista otra forma de alcanzar dicho objetivo sin restringir el derecho o que fuese menos gravosa y
iii) El principio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que supondrá analizar si la limitación del derecho fundamental resulta razonable en relación con la importancia del derecho de que se trata de proteger con la restricción.

2. Prevenciones previas para ahondar en la materia propiamente tal

Previo a abordar derechamente la materia que nos compete, esta es, la relevancia que inviste el consumo de drogas y alcohol por parte de los trabajadores

[2] Ordinario n.° 2210/035 pronunciado el 5 de junio de 2009.
[3] Ordinario n.° 1163/ pronunciado el 2 de marzo de 2018.

dentro de la empresa, debemos tener presente que este asunto tiene diversas aristas que requieren atención para su acertada aproximación:

i) Como venimos señalando, el consumo de alcohol dentro de la empresa es una problemática tanto para el trabajador afectado, quien, además de los riesgos asociados al consumo propiamente tal, se encuentra expuesto a ser sancionado por el empleador.
ii) A ello debe añadirse los riesgos de sufrir un accidente del trabajo, en el cual, por lo demás, no solo se puede ver afectado el trabajador en cuestión, sino que sus colegas y demás miembros de la empresa.

A esta primera aproximación que podemos llamar "más concreta", debemos añadir que en lo jurídico existe una discusión adicional respectiva a la colisión de derechos que representan un papel fundamental en esta materia. La libertad positiva y negativa tanto para el trabajador, en cuanto puede decidir por su cuenta como vivir su vida, como para el empleador, para ordenar su propio negocio, representan un papel fundamental que el legislador ha tenido en cuenta para regular estos asuntos. Asimismo, esta libertad del trabajador puede verse limitada por la potestad de mando del empleador, quien tiene facultades, pero también obligaciones, de sostener un ambiente de trabajo idóneo. A su vez, estas facultades del empleador deben ser ejercidas siempre en compatibilidad a un trato digno para los trabajadores y con respeto a las garantías fundamentales consagradas en nuestra Constitución, con especial énfasis a la del numeral cuarto del artículo 19 de la Carta Fundamental.

II. En cuanto al deber de protección

El libro segundo del C*ódigo del Trabajo* denominado precisamente De la protección de los trabajadores, inicia su título primero con el artículo 184 el cual dispone en su inciso primero:

> "El empleador estará obligado a tomar todas las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de los trabajadores, informando de los posibles riesgos y manteniendo las condiciones adecuadas de higiene y seguridad en las faenas, como también los implementos necesarios para prevenir accidentes y enfermedades profesionales".

La obligación que recae sobre el empleador en cuanto a la protección de los trabajadores que presten servicios en la empresa, incluye efectivamente la prevención del consumo problemático de drogas y alcohol. En efecto la Organización Internacional del Trabajo[4] ha venido señalando desde hace largo

[4] OIT (1988.)

tiempo los problemas que conlleva el consumo de drogas dentro (temporal y especialmente) del trabajo. En efecto, algunas de las problemáticas constatadas son la baja en el rendimiento, baja en la seguridad laboral, mayor propensión a accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, mal ambiente laboral y conflictos dentro del trabajo[5].

En este estado de cosas, pareciera ser que la obligación general de protección recaída sobre el empleador y consagrada en el artículo 184 del *Código del Trabajo* debe propender a establecer y mantener un ambiente laboral en que no haya consumo de alcohol y otras drogas. Se ha señalado que el medio más idóneo para la consecución de dicho objeto es establecer programas preventivos. Los programas de prevención y apoyo en relación con las drogas deben realizarse en cualquier empresa, independientemente de su tamaño. Deberán ser flexibles y adaptables a las distintas realidades. Estos programas contarán con la participación de los diversos sectores de la empresa y de los empleados, respondiendo a sus preguntas e inquietudes, y presentándolos de forma positiva, no sancionadora[6].Los programas para prevenir o minimizar los problemas de consumo deben abarcar diversos aspectos, que van desde la información hasta la facilitación de la asistencia de los trabajadores que lo deseen.

Por su parte, la Dirección del Trabajo, al pronunciarse sobre la norma en comento, ha indicado:

> "la prevención, por definición, consiste en la preparación que se hace anticipadamente para evitar un riesgo, lo que lleva a focalizar su proyección en un momento anterior a su propia existencia, a la posibilidad de que el riesgo desaparezca como elemento potencialmente lesivo; solo en su defecto, cuando no hay medios que puedan impedirlo, se ubica la protección en el espacio en el que dicho riesgo existe, debiendo evitar que se pueda manifestar a modo de lesión"[7].

Entonces la prevención, además de ser un mecanismo idóneo para la reducción del consumo de drogas dentro de la empresa, los planes preventivos, gozan de ventajas frente a otros mecanismos. A mayor abundamiento, son aplicables a la generalidad de los trabajadores, sin incurrir en arbitrariedades, pueden definirse de forma anticipada e informar a los trabajadores con anticipación y, además, permiten prevenir el consumo problemático antes de que este llegue a estadios que representan mayor dificultad. En ese sentido, la generalidad y la abstracción permiten que los mecanismos preventivos se encuadren de mejor manera con las garantías fundamentales de los trabajadores.

---

[5] Navarro (2008).

[6] Ochoa & Madoz (2008).

[7] Ordinario n.° 4334/069 pronunciado el 5 de noviembre de 2014.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos hacer presente que en nuestro ordenamiento jurídico cualquier medida que sea adoptada con este objetivo, siempre debe estar consagrada en el reglamento interno y respetar el test de proporcionalidad ya indicado. Adicionalmente, el empleador tiene la obligación de guardar reserva de toda aquella información sensible que reciba en el ejercicio de estas facultades. La Dirección del Trabajo ha señalado que todos aquellos mecanismos que se realicen con la finalidad de prevenir el consumo de drogas y alcohol dentro de las faenas deben ejecutarse mediante un proceso racional y serio. Por lo demás, el sometimiento a pruebas o entrevistas debe ser aleatorio, debe asegurarse que su ejecución no incurra en arbitrariedades y siempre efectuarse en forma imparcial y proporcional.

Dicho lo anterior, surge la duda sobre el proceso posterior a la prevención. En cuanto a las posibles sanciones que pueda disponer el empleador, ahondaremos en ello en el apartado siguiente. Por su parte, respecto a las posibilidades de colaborar en la rehabilitación de aquellos trabajadores que tengan consumo problemático de drogas, podemos señalar lo siguiente. En el ordenamiento jurídico no existe realmente una obligación para el empleador para contribuir en la rehabilitación de sus trabajadores. En efecto, más allá de la obligación general para establecer un ambiente de trabajo idóneo, nada se exige a la empresa en este sentido. Sin perjuicio de lo anterior, al no haber tampoco una prohibición expresa al respecto, no existen impedimentos tampoco para que el empleador desarrolle políticas relativas a la rehabilitación. En este punto debemos insistir que aquellas políticas deben consagrarse en el reglamento interno de orden, higiene y seguridad, que deben considerar la proporcionalidad de las medidas adoptadas y el consentimiento del trabajador.

Ahora bien, también es válido plantear la duda respecto del trabajador que se declara consumidor problemático tanto de alcohol como de otras drogas y solicita ayuda a su empleador. Sin perjuicio de que no ahondaremos en ello por el momento, debemos decir que dicha problemática difiere de lo ya expuesto. Este escenario tiene mayor relación con la autonomía de la voluntad, que es a veces olvidada, pero que siempre está presente dentro de la relación laboral. Así, lo que nos aventuramos a señalar es que, con mayor razón cobra relevancia regularizar pormenorizadamente el reglamento interno, como sustento jurídico de precisión para la relación laboral y además que no sería de extrañar que al tenor del artículo 184 y la interpretación extensiva de responsabilidad que se ha hecho de tal norma, pueda concluirse la obligación del empleador no solo para prevenir el consumo de drogas, sino que, también, de auxiliar a aquel trabajador que así lo requiera.

III. En cuanto a las sanciones

El empleador, al establecer en su reglamento interno de orden, higiene y seguridad, obligaciones y prohibiciones para los miembros de la empresa, hace uso de sus facultades de dirección. La capacidad de organizar el propio negocio va de la mano con las facultades disciplinarias que detenta el empleador.

Respecto al reglamento interno, el legislador ha prevenido expresamente la forma y medida en que puede sancionarse a los trabajadores que infrinjan las disposiciones del reglamento interno. Es el mismo artículo 154, que en su numeral décimo dispone:

> "las sanciones que podrán aplicarse por infracción a las obligaciones que señale este reglamento, sólo podrán consistir en amonestación verbal o escrita y multa de hasta el veinticinco por ciento de la remuneración diaria".

La Dirección del Trabajo[8] ha señalado que la norma en comento impone directamente una limitación sobre las potestades disciplinarias del empleador, estableciendo la prohibición de sancionar a los trabajadores que infrinjan el reglamento más allá de la amonestación verbal o escrita y las multas por la cuantía indicada.

Sin perjuicio de lo ya expuesto, debemos señalar que el mandato del legislador en cuanto a aplicar solo las sanciones especialmente consagradas respecto del reglamento interno puede tener excepciones. En ese sentido, si el trabajador incurre de forma reiterada en incumplimiento de las obligaciones que le impone el reglamento interno y estas revisten gravedad suficiente, no vemos mayor impedimento en que el empleador haga uso de la causal de término de contrato establecida en el artículo 160 n.° 7 del *Código del Trabajo*. Esto no es extraño si consideramos que es una cláusula usual extender las normas del reglamento interno como parte integrante de los contratos individuales de trabajo. Por lo demás, considerando la importancia que ha dado el legislador y la jurisprudencia al deber de cuidado consagrado en el artículo 184, creemos que el incumplimiento de aquellas normas internas para el cuidado personal y para con los demás trabajadores puede revestir la gravedad suficiente para que el empleador finalice el contrato de trabajo del incumplidor.

Estas últimas consideraciones, igualmente van de la mano con otra causal de término de contrato consagrada en el artículo 160 del *Código del Trabajo*, esta vez en su numeral quinto:

[8] Ordinario n.° 4709 de fecha 18 de septiembre de 2016; asimismo, ordinario n.° 3659/180 de fecha 2 de octubre de 2001 y ordinario n.° 2084/104, de fecha 17 de abril de 1987.

> "Actos, omisiones o imprudencias temerarias que afecten a la seguridad o al funcionamiento del establecimiento, a la seguridad o a la actividad de los trabajadores, o a la salud de éstos".

A nuestro criterio, la diferencia para invocar esta causal respecto de trabajadores que consuman drogas o alcohol dentro de las faenas reside en que para su ejercicio el numeral quinto requiere de la existencia de un perjuicio o afectación de la seguridad, actividad o salud dentro de la empresa. En ese sentido, para hacer efectivo el despido de un trabajador que haya consumido drogas o alcohol mediante esta causal, debe haber necesariamente una afectación, mientras que respecto de la del numeral séptimo, la verdad es que puede configurarse mediante la reiteración de los incumplimientos sumada a la reticencia del afectado a readecuar su conducta.

IV. El conflicto constitucional

A lo largo del presente trabajo, hemos adelantado que la problemática del consumo de drogas espacial y temporalmente dentro del trabajo trae aparejada una serie de complejidades que abarcan no solo la legislación laboral, sino que de manera directa los derechos y garantías consagrados constitucionalmente.

El análisis completo del problema abordado incluye analizar, por una parte, la libertad del trabajador, a través de la garantía constitucional consagrada en el numeral 16 del artículo 19 de la Constitución y, por otra, la libertad del empleador para desarrollar su propio negocio, vinculándose esta garantía con la norma aludida, pero también con la del numeral 21 del artículo 19. A su vez, la libertad como derecho merece revisitar lecturas relevantes para analizar su vertientes positivas y negativas. Por lo demás, existen otras garantías fundamentales en juego tales como el derecho a la honra y a la vida privada, así como el derecho de propiedad que tiene el empleador sobre su negocio.

1. Dos conceptos de libertad

El título de la famosa conferencia efectuada por Isaiah Berlin es de utilidad para conceptualizar el conflicto constitucional que se genera al encontrarse el poder del empleador, y su libertad para organizar su negocio, con la libertad del trabajador en cuanto persona y ciudadano. Isaiah Berlin conceptualizó que la libertad pueda manifestarse de forma positiva o negativa y distinguió claramente entre ambos tipos.

Respecto de la libertad negativa señaló:

> "Normalmente se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. En este sentido la libertad política es, simplemente, el ámbito en que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros"[9].

Entonces, la libertad negativa puede caracterizarse como 'la libertad de'; se ha señalado respecto de esto que la libertad negativa es la libertad respecto del contenido de las normas jurídicas. Si una norma jurídica nos prohíbe ejercer el comercio, o practicar el culto religioso, no tenemos la libertad (negativa) de hacerlo[10]. Las normas jurídicas, al conceder libertades negativas, crean una especie de cerco alrededor del individuo, cerco dentro del cual ni el Estado ni los demás individuos pueden interferir[11].

Por su parte, respecto de la libertad positiva indicó:

> "El sentido 'positivo' de la palabra 'libertad' se deriva del deseo por parte del individuo de ser su propio dueño. Quiero que mi vida y mis decisiones dependan de mí mismo, y no de fuerzas exteriores, sean éstas del tipo que sean. Quiero ser el instrumento de mí mismo y no de los actos de voluntad de otros hombres"[12].

Si la libertad negativa era 'la libertad de', la libertad positiva sería 'la libertad para', la libertad en el sentido de autorrealización[13]. Sobre este último concepto mucho se ha razonado respecto al significado de autorrealización, si este comprende la autonomía del ser humano para decidir por su propia voluntad lo que desea hacer o, bien, si los reales intereses de la autorrealización son solo identificables por el yo superior, es decir, un ente completamente autónomo.

Sumamente atingente al motivo principal de este trabajo, es que, respecto a la libertad positiva, mucho se ha discutido si el ser humano tiene la capacidad de comprometer su futuro en el ejercicio de su libertad. Para ello se señala de modo recurrente el consumo de drogas y de otros productos. Así, Robert Young señaló que la autonomía actual puede identificarse con la autonomía del momento, mientras que la autonomía disposicional abarca la vida autónoma de la persona considerada como un todo[14]. El individuo que decide –libremente– comenzar a drogarse, está ejercitando su autonomía actual.

[9] Berlin (2005), p. 3.
[10] Farrel.
[11] Farrel.
[12] Berlin (2005), p. 8.
[13] Farrel.
[14] Young (1986), p. 5.

Pero si como consecuencia de la adicción adquirida no puede sino drogarse en el futuro, tal vez haya comprometido seriamente su autonomía disposicional.

Lo que queremos hacer presente con este análisis, es que, para determinar la libertad negativa de un individuo, para el caso que nos interesa, si el empleador puede ejecutar actos tendientes a prevenir el consumo de alcohol y drogas dentro de su negocio solo hay que investigar si las normas jurídicas que lo rigen se lo prohíben o no (cuestión que puede resultar bastante compleja realmente). Pero, por otro lado, el caso de la libertad positiva es más complejo. Para saber si un trabajador en concreto puede autorrealizarse (para el caso es consumir tanto drogas como alcohol) no basta con estudiar la lista de conductas respecto de las cuales él posee libertad negativa. En otras palabras: la libertad negativa no es condición suficiente de la autorrealización[15], pues necesariamente debe concurrir los demás elementos de hecho que permitan fácticamente aquella conducta y, por supuesto, las consideraciones morales y filosóficas que adoptemos sobre la posibilidad de comprometer al yo futuro.

Sin perjuicio de la importancia y diversas posibilidades existentes respecto de la anterior consideración, para efectos de este trabajo se hace necesario analizar esencialmente cuál es la libertad negativa de la que gozan ambos sujetos dentro de la relación laboral. En otras palabras, que es lo que la ley, y en especial la Constitución, les permite o no hacer como sujetos de dicha relación. En los apartados siguientes revisaremos las principales garantías constitucionales en juego, estas serían la libertad de trabajo y, por otra parte, la libertad para desarrollar cualquier actividad económica lícita.

2 La libertad económica

La llamada libertad económica ha sido garantizada constitucionalmente en el artículo 19, en especial en el numeral 21. En su inciso primero dispone:

> "La Constitución asegura a todas las personas, El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen".

El Tribunal Constitucional ha indicado que el fundamento de esta garantía:

> "constituye la expresión del reconocimiento de la primacía de la persona humana y de su libre iniciativa para emprender y así realizar la

[15] Farrel.

> plenitud de sus virtualidades para su propio bien y el de sus semejantes colaborando en la promoción del bien común. Por consiguiente, se trata de un derecho fundamental para los individuos, al permitirles desarrollar tanto el espíritu de iniciativa como la subjetividad creadora de cada una de las personas"[16].

En términos similares a los que señalaba Isaiah Berlin respecto de la libertad negativa, el Tribunal Constitucional ha indicado que esta garantía:

> "se refiere al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o embaracen la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, por lo que este tipo de derecho no supone una obligación correlativa positiva de parte del Estado en orden a satisfacer la pretensión del titular del derecho. Dicho en otros términos, no se vulnera esta garantía en los casos en que su ejercicio supone la obtención previa de una concesión por parte de la autoridad, si ésta no la otorga por motivos legales. Por otra parte, el referido derecho no es absoluto, sino que reconoce limitaciones basadas en el respeto a la moral, el orden público y la seguridad nacional, así como a las normas legales que regulen su ejercicio"[17].

Hemos entendido al respecto que las personas son libres para desarrollar una actividad económica lícita sin que exista la intervención de terceros ni del Estado. A la luz de la definición de empresa que ha dado el *Código del Trabajo*, esta es una:

> "organización de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo la dirección de un empleador, para el logro de fines económicos, sociales, culturales o benéficos, dotada de una individualidad legal determinada",

de la lectura armónica de ambas disposiciones, aparece que la Constitución permite al empleador organizar tanto los objetos como a los sujetos. Esto es relevante, si bien el empleador puede organizar su maquinaria, su constitución como persona jurídica a través de la figura societaria que más le acomode, elegir la materia prima para su producción, también puede organizar a las personas que presten los servicios dependientes y subordinados a su cuenta.

[16] STC 226 c. En el mismo sentido, véase STC 2870 c. 24 y STC 2871 c. 24.
[17] STC 513 cc. 19 y 20 (en el mismo sentido, STC 3086 c. 30).

Aunque es el propio legislador quien ha señalado que el empleador está dotado de facultades de dirección, igualmente ha reconocido de manera inmediata como limitación las garantías constitucionales de quienes trabajan para el primero. En ese sentido el Tribunal Constitucional ha señalado como límites al ejercicio del libre desarrollo económico:

> "que dicha actividad no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El derecho garantizado por el Constituyente no tiene, por tanto, un carácter absoluto; no puede por pasar sobre otros derechos asegurados por la Constitución, como el derecho a la seguridad social, ni ejercerse incumpliendo disposiciones legales reguladoras del ejercicio de este último derecho"[18].

De esto debemos extraer que la garantía para desarrollar de manera libre una actividad económica encuentra no solo limites internos en la propia formulación de la norma, sino que adicionalmente, debemos entenderla inmersa dentro del bloque constitucional y es por ello que ante eventuales colisiones con otros derechos puede verse limitada.

En cuanto a la vertiente positiva de la libertad económica se ha indicado que el sujeto podrá indagar, previo respeto al ordenamiento jurídico, en actividades tradicionales, atípicas o inusuales, de manera tal que no se le restrinja su capacidad innovadora dentro de cualquier mercado económico.

> "Nótese que cuando se reconoce esta libertad, más que pensar en una organización específica, la Constitución está intentando delimitar la autonomía del empresario, en el entendido de que es él quien pone en movimiento una serie de elementos cuya organización genera el nacimiento de una entidad económica"[19].

Muy lucidamente se ha señalado:

> "el diseño constitucional de la libertad de empresa no hace más que vincularse con el principio de autodeterminación y de autorrealización del individuo"[20].

Entonces, podemos quedarnos con dos ideas centrales:

i) El derecho a desarrollar una actividad económica, tiene por objetivo permitir al individuo ejercer actividades tradicionales e innovativas y que, dentro de un mercado económico, contribuyen a su desarrollo y

[18] STC 2536 c. 20 (en el mismo sentido, STC 2537 c. 24, STC 3086 c. 31).
[19] Irureta (2013).
[20] Paz-Ares y Alfaro (2008), pp. 980-1000.

ulteriormente al beneficio de la sociedad que integra. En ese sentido no podemos olvidar que, aunque es esencialmente el trabajo al que se lo define sobre la base de su función social, quien lo otorga de igual forma se encuentra integrado a la estructura que permite su ejercicio y que, en definitiva, contribuyen a la capacidad de los trabajadores de contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan. En esto último reside la importancia de la expresión autodeterminación, como libertad para elegir y permitir el ejercicio de la autonomía propia del ser humano.

ii) Por otro lado, debemos recordar que existen limitaciones y que la 'libertad de' puede encontrar cotos dentro del ordenamiento jurídico. No podemos olvidar, entonces, que la garantía es para desarrollar actividades lícitas, que no sean contrarias a la moral ni al orden público y que se cuadren con las demás garantías constitucionales consagradas en nuestra Carta Fundamental.

3. La libertad de trabajo

Por su arte la libertad de trabajo, como lo ha sostenido la doctrina del Tribunal Constitucional:

> "faculta a toda persona a buscar, obtener, practicar y ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerada, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. Implica, desde luego, la libertad de elegir un trabajo, evitando compulsiones para realizar labores determinadas. La persona debe decidir el acceso, el tránsito y la permanencia en un trabajo específico. Esta garantía implica, además, el derecho a la libre contratación. Para el empleador, ello le asegura un amplio poder de contratación de su personal; para el trabajador, le permite vincularse autónomamente, acordando las condiciones en que deba ejecutarse la tarea y optando por las modalidades que al respecto establezca el ordenamiento laboral. La garantía culmina con el derecho de elegir trabajo con entera libertad y con acceso a una justa retribución. El contenido esencial de esta garantía asegura que a nadie le será impuesto un trabajo o un trabajador; que a nadie le será negado un trabajo por razones arbitrarias y que quien trabaje lo haga con una justa retribución"[21].

En lo que nos convoca, esto es, respecto a las decisiones que adopte el empleador respecto de aquellos trabajadores que consumen drogas o alcohol

[21] STC 1413 c. 21 (en el mismo sentido, STC 3330 c. 12, STC 3391 c. 12, STC 7217 c. 11).

dentro especial y temporalmente del trabajo, el Tribunal Constitucional ha determinado:

> "La protección constitucional a la libertad de trabajo extiende el resguardo al trabajo mismo, en atención al compromiso inseparable de respeto a la dignidad del trabajador en la forma que efectúa su labor y a la ineludible función social que cumple el trabajo. De esta forma, la Constitución también protege el trabajo propiamente tal"[22].

En el mismo sentido se ha pronunciado José Luis Cea, para quien la protección jurídica sobre el trabajo incluye no solo la libertad de buscarlo, sino, también, el trabajo en sí:

> "Lo protegido es la libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio"[23].

Asimismo, Pedro Irureta explica que el inciso primero del artículo 19 n.º 16 consagra, además, la protección del trabajo humano.

> "Esta protección supone reconocer que el trabajo es un atributo esencial de la persona que se integra en su dignidad y patrimonio y sin el cual el sujeto se denigra, cuestión que obliga a que el ordenamiento jurídico lo proteja y ampare"[24].

En la línea de ideas que hemos expresado, la libertad de trabajo podría asimilarse como la contraparte de libertad económica de la que goza el empleador. Sin perjuicio de que aquella lectura no nos parece incorrecto, en consideración a lo que hemos sostenido en los apartados anteriores, nos parece interesante aportar una segunda visión. La libertad de trabajo se puede configurar como una libertad para la libre elección del trabajo y la garantía de que este sea digno. A su vez, también se presenta como una protección para el trabajo propiamente tal y para la dignidad de quien lo ejecuta. Es por ello que, en realidad, ambas normas son armónicas en cuanto constituyen una libertad negativa para el trabajador, esto es, que no se constriña su ámbito de decisión más allá de lo que el legislador y el constituyente prescriban, pero también es una libertad para autodeterminarse dentro de las posibilidades que la libre actividad económica despliegue como opciones de trabajo.

[22] STC 1852 c. 6 (en el mismo sentido, STC 1971 c. 9, STC 2086 c. 8, STC 2110 c. 8 y STC 2114 c. 8.

[23] Cea (2004), p. 427.

[24] Irureta (2006), p. 47.

Creemos, entonces, que, pese a la existencia de límites claros para la autonomía dentro del derecho del trabajo, tanto para el empleador como para el trabajador, es posible conciliar la existencia de la determinación heterónoma con la existencia de una libertad para autorrealizarse. Claudio Palavecino, quizá adelantándose, señaló:

> "El mandato al legislador sería no el de abolir o limitar severamente la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones laborales, sino todo lo contrario, el de arbitrar los medios concretos para que la promesa de libertad tenga efectiva vigencia en el plano de la realidad"[25].

En resumidas cuentas, la lectura por la que abogamos es que las reglas claras conservan la amistad. En el marco del respeto de las garantías constitucionales y del mandato del legislador, es posible encontrar espacios para la autonomía de las partes, incluso dentro de relaciones jurídicas tan reguladas como la de trabajo.

Conclusiones

A modo de conclusión, es necesario señalar que el presente trabajo tiene su inspiración en las dudas que genera el tema abordado desde una perspectiva práctica, especialmente las interrogantes que surgen para los empleadores, cuando existen trabajadores que consumen tanto drogas como alcohol dentro del horario de trabajo. Sobre esa base, vale la pena señalar que la respuesta a las preguntas formuladas demostró ser bastante más compleja y con aristas que revisar, que lo esperado en un comienzo.

El análisis respecto a qué acciones puede y debe tomar un empleador que se ve enfrentado a qué hacer cuando alguno de sus trabajadores se encuentra en dicha situación, tiene diversas capas. En primer lugar, podemos señalar que el legislador ha entregado al empleador poder de dirección y la potestad de sancionar. Ello, siempre dentro del marco del respeto a las garantías fundamentales al tenor del artículo 5.° del *Código del Trabajo*. En segundo lugar, debemos recordar la importancia de confeccionar de manera debida el reglamento interno previendo estas situaciones y poniendo especial énfasis en la obligaciones, prohibiciones y sanciones que pueden afectar a los integrantes de una empresa determinada. En tercer lugar, debemos considerar siempre la existencia del deber protector recaído sobre el empleador y que mandata no solo a proteger al trabajador afectado, sino que igualmente a los demás trabajadores que puedan

[25] Palavecino (2013).

verse afectados por el actuar deficiente de quien se encuentra bajo los efectos de las drogas o el alcohol. En cuarto lugar y sin perjuicio de que el legislador no prevé de forma expresa la posibilidad de poner término al contrato de trabajo por verificarse estas conductas, debemos mencionar que toda vez que estas se enmarquen en los presupuestos del artículo 160 del *Código del Trabajo*, pueden en efecto configurarse causales justificadas de despido. En quinto lugar, hemos podido concluir que la rehabilitación de los trabajadores que tengan consumo problemático de drogas no es de responsabilidad del empleador. Sin embargo, es posible que se establezcan políticas de apoyo, que de nuevo deben incluirse de forma oportuna dentro del reglamento interno, guarden proporcionalidad con las garantías fundamentales del trabajador y que, por lo demás, sean consentidas por este último. En último lugar, pudimos analizar que detrás de la respuesta legal se encuentra un conflicto constitucional, en relación con las libertades que asisten a ambas partes de la relación laboral. Por una parte, la libertad económica en cuanto potestad del empleador para organizar su negocio y como fuente de las potestades de dirección y sancionatorias. Por otra, la libertad de trabajo y las garantías para el trabajador de que el trabajo en condiciones dignas sea protegido constitucionalmente. A su vez, estas esferas constitucionales son manifestaciones de la libertad (negativa y positiva) y autonomías propias de los seres humanos. Es sobre la base de esta última mirada que proponemos la autonomía como mecanismo para establecer una relación laboral idónea con el orden constitucional y que, a su vez, permita la solución y en especial la prevención de conflictos. Es por ello que solo nos resta concluir que la regulación del contrato individual, de los instrumentos colectivos y del reglamento interno, son herramientas para la autorrealización de las partes de la relación laboral en cuanto manifestación de la libertad.

Bibliografía

Berlin, Isaiah (2005): *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual* (Madrid: Alianza Editorial).

Cea, José Luis (2004): *Derecho constitucional chileno*. Tomo ii: Derechos, deberes y garantías (Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile).

Farrel, Martín D.

Irureta, Pedro (2006): *Constitución y orden público laboral: un análisis del art. 19 nº 16 de la Constitución chilena* (Santiago: Universidad Alberto Hurtado, Facultad de Derecho, Colección de Investigaciones Jurídicas n.º 9).

Irureta Uriarte, Pedro (2013). "El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa", *Estudios Constitucionales*, vol. 11, n.º 2: pp. 369-424. Dis-

ponible en https://dx.doi.org/10.4067/S0718-5200201 3000200010 [fecha de consulta: 2 de diciembre de 2022].

Navarro, José (coord.) (2008): *La incidencia de las drogas en el mundo laboral de la comunidad de Madrid 2006* (Madrid: EDIS S.A.).

Ochoa Mangado, Enriqueta & Madoz Gúrpide, Agustín. (2008): "Consumo de alcohol y otras drogas en el medio laboral", *Medicina y Seguridad del Trabajo*, vol. 54, n.° 213: pp. 25-32. Disponible en http:// scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0465-546X2008000400003&lng=es&tlng=es [fecha de consulta: 12 de mayo de 2022].

Palavecino Claudio (2013): "La libertad de trabajo y su protección constitucional. Nueva lectura", *Revista Laboral Chilena*, n.° 8.

Paz-Ares Rodríguez, Cándido y Alfaro Águila-Real, Jesús (2008): "Artículo 38", en Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel y Casas Baamonde, María Emilia, *Comentarios a la Constitución española* (Madrid: Fundación Wolters Kluwer),

Young, Robert (1986): *Personal Aulonomy. Bayona Negativo and Positiva Liberty* (New York: St. Martin's Press).

Ordinario n.° 2084/104, de fecha 17 de abril de 1987.

Ordinario n.° 3659/180 de fecha 2 de octubre de 2001.

Ordinario n.° 2210/035 pronunciado el 5 de junio de 2009.

Ordinario n.° 4334/069 pronunciado el 5 de noviembre de 2014.

Ordinario n.° 4709 de fecha 18 de septiembre de 2016.

Ordinario n.° 1163/ pronunciado el 2 de marzo de 2018.

OIT (1988): Iniciativas en el lugar de trabajo para prevenir y reducir los problemas causados por el alcohol y otras drogas.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC 226 c.

STC 513 cc. 19 y 20.

STC 1413 c. 21.

STC 1852 c. 6.

STC 1971 c. 9.

STC 2086 c. 8.

STC 2110 c. 8.

STC 2114 c.

STC 2536 c. 20.

STC 2537 c. 24.
STC 2870 c. 24
STC 2871 c. 24.
STC 3086 c. 30.
STC 3086 c. 31.
STC 3330 c. 12.
STC 3391 c. 12.
STC 7217 c. 11).

CONTRATOS ATÍPICOS O INNOMINADOS. CLASES Y REGULACIÓN

ATYPICAL OR NON NOMINATED CONTRACTS. CLASSES AND REGULATION

Joel González Castillo[*]

Resumen: La cada vez mayor complejidad de los negocios en el mundo moderno ha hecho que los contratos atípicos de ser, en el pasado, una marcada excepción sean hoy bastante más usuales, observándose muchos contratos que no responden a los patrones clásicos. Esta tendencia claramente irá en aumento, entre otras razones, por la sofisticación y profundidad de los mercados que tiene su reflejo en contratos de suyo complejos que, como hemos dicho, escapan a los tipos tradicionales. La práctica va creando siempre nuevos tipos para favorecer la satisfacción de nuevos intereses. De ahí la necesidad, y lo que hace este artículo, de profundizar en sus clases y, en especial, la legislación a que quedan sometidos considerando las distintas teorías que se han formulado al respecto.

Palabras claves: contratos innominados, autonomía de la voluntad, regulación, fin del contrato.

Abstract: The increasing complexity of business in the modern world has made atypical contracts from being, in the past, a marked exception, they are much more common nowadays, with many contracts that do not respond to the classical patterns. This trend will clearly increase, among other reasons, due to the sophistication and depth of the markets, which is reflected in complex contracts which, as we have said, escape the traditional types of contracts. The practice is always creating new types of contract to favor the satisfaction of new interests. Hence the need, and what this article does, to delve into their types and, especially, the legislation to which they are subject, considering the different theories that have been formulated in this respect.

[*] Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jagonzac@uc.cl

KEYWORDS: Non nominated contracts, party autonomy, regulation, purpose of the contract.

INTRODUCCIÓN

Los contratos típicos son los que poseen regulación legal y los atípicos, los que carecen de ella o como ha dicho Manuel Albaladejo aquellos "faltos de una disciplina legal propia"[1].

Es preferible hablar de contratos atípicos[2] en lugar de innominados, pues hay muchos que tienen una denominación, bastante arraigada a veces[3], sin embargo, no están regulados en la legislación[4].

[1] ALBALADEJO (1997), p. 410.

[2] Emilio Betti se pregunta si se puede hoy hablar aún, y en qué sentido, de una "tipicidad" de los negocios jurídicos. Por cierto que no, dice, en aquel mismo que tiene la tipicidad para el derecho romano clásico. En este, las funciones económico-sociales reconocidas como idóneas para justificar la tutela jurídica de la autonomía privada (llamadas *iustae causae)* aparecen determinadas en forma taxativa, numérica y entitativamente, por el mismo orden jurídico, el cual dispone previamente esquemas y tipos *fijos* de causas que la autonomía de las partes no puede alterar o modificar a su arbitrio. Esta tipicidad, informada por un rígido esquematismo y la necesidad de denominaciones técnicas, se acomodaba al sistema romano de las *actiones*, en el cual la tutela jurisdiccional no era concedida sino a quien ejercitase en juicio una de las *actiones* admitidas por el derecho civil o el pretorio, y el tipo de negocio estaba determinado por la capacidad para dar origen a una *actio* civil o pretoria. Desvalorizada sustancialmente en el derecho justiniáneo, con la posibilidad que se reconoce de modificar en el caso concreto el tipo (naturaleza) de la *actio* o del negocio, y con la admisión de *actiones* y de negocios carentes de una propia denominación técnica (contratos innominados), la tipicidad va perdiendo su primitivo carácter de rígida esquematización. Este decaimiento del primitivo significado se acentúa y acelera en el derecho común. BETTI (1959), p. 152.

[3] Cesare Grassetti distingue tipicidad *social* que es la que tiene por base la concepción predominante en la conciencia social de la época, y es individualizada por obra de la doctrina; de tipicidad *legislativa*, que es la que tiene por base una esquematización, fijada mediante calificaciones técnico-legislativas, y es individualizada por obra de la legislación. GRASSETTI (1938), pp. 67-68. Por su parte, María Elisa Camacho dice que al hablar de tipicidad nos estamos refiriendo a la regulación que hace el ordenamiento jurídico, sin especificar la fuente que cumple dicha función, por lo que debemos entender que esa tipificación se puede presentar por medio de la ley, pero también por otras fuentes del derecho. De ahí que la doctrina clasifique la tipicidad en social y legal, comprendiendo por la primera aquella que se hace a través de la ley y, por la segunda, aquella que proviene de fuentes diferentes a la legal, en general, por medio de la costumbre y la jurisprudencia. En estos términos, así como podemos mencionar una tipicidad legal y otra social, también podemos clasificar los tipos, refiriéndonos con ello a los contratos, en dos clases, aquellos que han sido tipificados por la ley y, por ello, se dice que tienen tipicidad social y legal, y aquellos otros que no han sido regulados por la ley, pero sí por otras fuentes del derecho, por lo que se conciben como tipos sin tipicidad legal, pero con tipicidad social. CAMACHO (2005), p. 3.

[4] Es el caso, por ejemplo, de los contratos de mudanza, de hospitalización, de talaje, de cuotalitis o iguala, de hospedaje, de opción, de colaboración empresarial (en particular, el *joint venture*), de maquila o de *leasing* ordinario. LÓPEZ y ELORRIAGA (2017), p. 125.

Explica Francesco Messineo que se los llama atípicos, precisamente porque se separan de las figuras de los contratos nominados, que están dotados de una causa típica que caracteriza la respectiva disciplina;

> "en los contratos innominados, la causa es precisamente atípica, porque es nueva y diversa, respecto de cada una de las que son propias de los contratos nominados"[5].

Estos contratos pueden sin problema alguno celebrarse al amparo de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual[6] y respecto de ellos rige, sin duda, la norma rectora del artículo 1545 del *Código Civil*, que todo contrato –sin distinción– legalmente celebrado es una ley para las partes[7].

Algunos códigos reconocen estos contratos como lo hace el artículo 1322 del *Codice*, inc. 2.°:

> "Las partes también pueden celebrar contratos que no pertenezcan a los tipos que tienen normas especiales, siempre que tengan por objeto la realización de intereses dignos de protección según el ordenamiento jurídico".

Por su parte, el nuevo *Código Civil y Comercial* argentino dispone: "Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no" (artículo 970).

En Chile el Proyecto de 1853 establecía en el artículo 1623:

> "Todos los contratos, tanto los que se conocen con denominaciones particulares, como los que carecen de nombre, están sometidos a reglas jenerales, que serán la materia de los siguientes títulos"[8].

---

[5] Messineo (1979), p. 450.

[6] Véase al respecto, Verdugo (2008), p. 110. Observa Javier Belda: "El Derecho moderno de las obligaciones se rige por el principio de libertad contractual, consistente en que cualquier acuerdo tiene fuerza obligatoria, al igual que los contratos definidos especialmente por las leyes. En otros términos, toda convención lícita destinada a producir obligaciones es calificada como contrato; en el Derecho romano, el principio antes señalado fue desconocido; el simple acuerdo de voluntades no tenía fuerza obligatoria. La convención romana era la base del contrato, pero no el contrato mismo. Para que pudieran surgir obligaciones eran necesarios otros requisitos, como que estuviera prevista de acción". Belda (2008), p. 77, nota 25.

[7] Sobre esto la Corte Suprema ha dicho que, aunque una convención sea un "contrato innominado", debe aplicarse la regla básica contenida en el artículo 1545 del *Código Civil*, según la cual habiéndose legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales. Por tanto, es ilegal la decisión que adopte una de las partes, por sí y ante sí, de poner término a un contrato en vía de ejecución y pactado por un término todavía no cumplido. Corte Suprema, 9 de agosto de 1988, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 85, sección 5ª, p. 143.

[8] Bello (1853), p. 495. Igual norma se encuentra en el artículo 1105 del *Code*: "Los contratos, tengan o no su propio nombre, están sujetos a reglas generales, que son objeto de este subtítulo".

Si bien esta norma no pasó al texto definitivo del *Código Civil*, nuestra Corte Suprema desde antiguo le ha reconocido valor a los contratos atípicos. Así, en sentencia de 28 de diciembre 1921, reiterada en otras posteriores, el más alto tribunal expresó:

> "los Códigos no legislan determinadamente sobre cada uno de los muchos y diversos contratos a que pueden dar vida jurídica el interés y las necesidades de las personas en sus múltiples relaciones de todo orden, y así, los que se obligan por ellos no están obligados a referir sus estipulaciones a alguna clase determinada. Y en efecto, dentro del principio de la libertad de las convenciones nada hay que se oponga al valor y eficacia de los que revisten la condición de innominados mientras ellos no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que regulan toda clase de contratos"[9].

En otra sentencia se agrega que si

> "estudiadas las cláusulas esenciales de un contrato, éste no encuadra en ninguno de aquellos que contempla y reglamenta nuestro Código Civil, debe tenérsele por innominado, esto es, de aquellos que las partes pueden celebrar en virtud de la libertad contractual y regidos por los principios generales que establecen los artículos 1545 y 1546 [...] que en esta clase de contratos hay que considerar por lo tanto la voluntad de las partes y de la ley, pero subordinando aquélla a ésta"[10].

Los contratos atípicos han alcanzado especial relevancia en el último tiempo, lo cual, entre otras, se debe a las siguientes causas:

a) La influencia del derecho anglosajón, que aporta nuevas formas de contratación que por su sentido pragmático y eficaz se introducen en nuestro sistema;
b) los avances tecnológicos que imponen nuevos usos;
c) el fomento del comercio exterior y de los intercambios entre naciones, viéndonos obligados a aceptar fórmulas desconocidas por nosotros;
d) la paulatina disminución del comerciante individual y su sustitución por la empresa y las sociedades mercantiles, con las exigencias que

[9] Corte Suprema, 28 de diciembre de 1921, *RDJ*, tomo 21, secc. 1ª, p. 391, cons. 22.°. Véase también, Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de junio de 1943, *RDJ*, tomo 40, secc. 2ª, p. 77 (a propósito del arrendamiento de box para automóvil); Corte Suprema, 7 de abril de 1964, *RDJ*, tomo 61, secc. 1ª, p. 48 (a propósito del derecho de llaves).

[10] Corte Suprema, 14 de enero de 1947, *RDJ*, tomo 44, sección 1ª, p. 460.

ello reporta: programación a larga distancia, contratos para intercambio o compra de tecnología, utilización de patentes...;

e) y, por último, la obsolescencia de los *Códigos Civil* y *de Comercio*[11].

Los contratos innominados[12] surgen producto de la necesidad de regular y dar respuesta a situaciones nuevas que la dinámica comercial y social va generando, y que no corresponden al principio de tipicidad contractual. Se amplía así de manera considerable el campo de la contratación, antes limitado a cierto y determinado número de contratos. En materia de contratación no existe *numerus clausus*, aceptar lo contrario será simplemente "fosilizar el derecho"[13]. En los actos jurídicos atípicos es donde, quizá, se refleja en su mayor alcance, el postulado de la autonomía de la voluntad. Francesco Messineo refiriéndose a los contratos innominados habla de la "libertad de creación"[14] y otros se refieren a "un poder jurígeno que se otorga a los particulares"[15]. Pero los contratos típicos y atípicos, como ya dijimos, tienen exactamente la misma validez y fuerza, siendo ambos ley para las partes (conforme al artículo 1545), y debiendo ser ejecutados de buena fe (artículo 1546)[16].

Sin embargo, la clasificación por la tipicidad del contrato no es absoluta, como lo hacen notar varios autores. Para Jaime Arrubla, la tipicidad es cuestión de grados, es decir, no existe uno que sea en forma absoluta regulado, ni tampoco uno que carezca por completo de norma legal que lo reglamente. Con el fin de ilustrar esta afirmación, el autor indica cómo el contrato de compraventa –que es el que está regulado más ampliamente en el *Código Civil*, en el *Código de Comercio* y en el *Estatuto del Consumidor* (Colombia)– sigue exigiendo de las partes el acuerdo en sus elementos esenciales (la cosa y el precio). Muestra, además, cómo el más atípico de los contratos tiene que cumplir, como mínimo, con las exigencias impuestas por la ley a todos en general[17].

Volviendo a la autonomía de la voluntad, reconocida y, a su vez, limitada en el artículo 1255 del *Código Civil* español[18], Luis Díez-Picazo explica que permite, sin duda, que los contratantes pacten una reglamentación negocial distinta de la prevista en la ley para el que han celebrado, siempre y cuando su desplazamiento no suponga la de las normas imperativas que lo rigen.

---

[11] Chuliá y Beltrán (1989), p. 11.

[12] En el derecho estadounidense se habla de contract with no governing law. Véase Symeonides (2006), pp. 209-231.

[13] Ortega (2001), p. 103.

[14] Messineo (1952), tomo i, p. 383.

[15] Caramelo (2015), p. 596.

[16] Alcalde y Boetsch (2021), p. 562.

[17] Arrubla (2008), pp. 30-35.

[18] "Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público".

Sin embargo, en ocasiones, las partes no se limitan a emplear para sus fines aquel esquema y, en su caso, aquella reglamentación, sino que crean uno nuevo, dando lugar al contrato innominado o atípico, caracterizado así por la circunstancia de que no posee regulación legal. El fenómeno de la aticipidad es más acusado cuando el ordenamiento jurídico, ante las nuevas necesidades del tráfico, no crea los instrumentos legales apropiados para darles satisfacción.

Observa el mismo autor que la labor de creación de nuevas figuras contractuales no puede, en verdad, ir muy lejos en los ordenamientos jurídicos desarrollados. De hecho, lo que sucede es que se aprovechan al máximo los tipos o esquemas legales existentes, introduciendo en ellos nuevas prestaciones o nuevos pactos que los desnaturalizan o desfiguran para servir a fines distintos total o parcialmente de los previstos por el legislador, o combinan dos o más tipos de los conocidos con ese mismo objetivo[19].

Por lo mismo, no por el simple hecho de que las partes introduzcan algunas modificaciones en un tipo legal, se da lugar a un contrato atípico, pues hace falta que realmente –por la clase de cambio que la alteración suponga– se pase a otro tipo (no regulado). Siendo de estimar, aclara Manuel Albaladejo, que hay otro tipo cuando, con el cambio, se varía la función económica del contrato típico. Lo que puede ser dudoso es precisar cuándo se está frente a un verdadero contrato atípico y cuándo ante uno que sigue siendo típico, a pesar de que en el arquetipo legal se hayan introducido algunas modificaciones[20].

I. Clases de contratos atípicos

Se suele distinguir, dentro de los atípicos, dos categorías: los *propiamente atípicos*, que son figuras cuya construcción ha sido por completo creación de las partes, y los *mixtos*, en los que estas dan vida a un contrato no regulado en forma especial en la ley como figura autónoma, pero lo hacen combinando obligaciones y elementos tomados de distintos contratos típicos[21].

[19] Díez-Picazo y Gullón (2016), p. 27.

[20] Albaladejo (1997), p. 410. Cita la discusión, en España, en torno a alguna figura que una de las partes pretendía era de arrendamiento sometido a la ley de arrendamiento urbano (LAU), pero que el Tribunal Supremo consideró atípico. Tales casos, agrega, de si la figura discutida cae o no (por ser o no contrato atípico) bajo el imperio de la LAU, presentan interés por la gran trascendencia que tiene el incluirlo o sustraerlo de la legislación arrendaticia especial, beneficiosa para el arrendatario, pero muy perjudicial para el arrendador.

[21] Véase por todos, Albaladejo (1997), pp. 409-410. Observa este mismo académico: "algunos autores entienden que prácticamente esto (combinación de distintos contratos) sucede, en mayor o menor medida, en todos los contratos atípicos, porque, regulados en la ley en gene-

Para Jorge López Santa María y Fabián Elorriaga[22] son atípicos propiamente tales, por ejemplo, el de tiempo compartido para el acceso a inmuebles en zonas turísticas o de recreo, los informáticos y numerosos contratos bancarios, el *franchising*, el *know-how*, el *engineering* y para algunos el *shopping center*. Los tribunales también han declarado que son negocios atípicos la dación en pago[23] y el de distribución[24]. Son, en cambio, contratos mixtos o complejos, por ejemplo, el de hotelería u hospedaje que, simplificando las cosas, es una mezcla de arrendamiento del goce de un recinto (habitación para el alojamiento), de arrendamiento de servicios materiales (el aseo, la alimentación) y de depósito (del equipaje); también el de coche-cama es un contrato de transporte por ferrocarril a larga distancia, al que va unido el hospedaje en un pequeño dormitorio dispuesto al efecto en un vagón del tren; el *lease-back*, por el cual el dueño de un bien lo vende a un tercero reteniendo su goce a título de arrendatario. Más recientemente, finalizan los referidos autores, las sentencias han considerado como atípicos el de corretaje o mediación[25] y el de concesión mercantil[26].

ral los elementos del contrato, y, con ocasión de ser producidas por contratos típicos, las más diversas obligaciones de dar dinero, de dar cosas, o de prestar servicios, es difícilmente pensable que las partes creen un contrato nuevo, en cuya configuración y estructura no hayan utilizado elementos que podríamos llamar 'prefabricados', y cada una de cuyas obligaciones, aunque sea aisladamente considerada, no se halle ya regulada en la ley dentro de algún contrato típico". Albaladejo (1997), p. 410.

[22] López y Elorriaga (2017), pp. 127-128.

[23] Corte de Apelaciones de Valdivia, rol n.° 543-2006, 6 de septiembre de 2006.

[24] Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 6557-2000, 31 de octubre de 2006.

[25] "El contrato de mediación o corretaje se integra en los contratos de colaboración y de gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario. Constituye como se dijo, un contrato atípico, de carácter consensual, bilateral y aleatorio, puesto que su resultado es incierto y, se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil. La aleatoriedad determina a su vez, la eficacia del mismo en cuanto al devengo de honorarios por comisión, ya que queda sujeta a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, respecto del cual el corredor propició la relación entre comprador y vendedor" (Corte de Apelaciones de Santiago, rol n.° 4657-2011, 6 de noviembre de 2012, ID Westlaw CL/JUR/2538/2012).

[26] "El contrato de concesión mercantil es un contrato atípico, que no se encuentra contemplado en nuestra legislación, pero que en doctrina se conceptualiza de la manera que sigue: son contratos de colaboración, mercantiles y atípicos, por virtud de los cuales un empresario, persona física o jurídica, se obliga a comercializar, de manera permanente y en la forma cualitativa y cuantitativamente predeterminada, los productos de otro empresario, ya en nombre y/o por cuenta de este agente, ya en nombre y por cuenta propio" (Corte Suprema rol n.° 6690-2008, 8 de junio de 2010,, ID Westlaw CL/JUR/3211/2010).

También se ha considerado atípico el "cierre de negocios"[27].

Desde otro punto de vista Francesco Messineo observa que el contrato innominado tiene por contenido: o prestaciones *distintas* de aquellas a las que dan lugar los nominados (y es este el caso tal vez más frecuente) o, bien, prestaciones *ya conocidas* en el sistema contractual, *pero acumuladas* de diversa manera todas juntas en el mismo contrato, de modo que a menudo este no consta de una prestación sola, sino de *varias* prestaciones que debe efectuar el mismo contratante[28].

II. Legislación aplicable

El régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos es, sin lugar a dudas, la principal problemática que surge de su concepción como categoría contractual, y tiene una gran trascendencia desde el punto de vista práctico, pues de las normas que se apliquen a un específico tipo contractual no regulado por la ley dependen directamente los efectos que produce.

En general, en cualquier contrato innominado las partes no pueden prever todas las alternativas inherentes al desarrollo de un vínculo contractual, especialmente con relación a las vicisitudes que pueden enfrentar en la etapa funcional, por lo que resulta necesario establecer, para el gobierno del mismo, para la integración de su contenido y la interpretación de sus alcances en caso de conflicto, cuáles deben ser los parámetros obligatorios a tener en consideración entre las distintas alternativas posibles[29].

[27] Así, Ismael Verdugo dice que en esta figura jurídica, que entiende derechamente como uno atípico, las partes acuerdan pagarse una suma determinada de dinero si alguna de las partes luego desiste de la celebración del contrato sobre el cual versa el cierre de negocios. La figura, dice, es discutida en la doctrina nacional y algunos la equiparan a una promesa de contrato, negándole, incluso, validez; sin embargo, ello es equivocado, ya que la promesa genera obligaciones de hacer; en cambio, en el cierre de negocios se generan obligaciones de dar. De igual manera, el cierre de negocios ha sido equiparado a las arras, pero ello tampoco resulta suficiente como explicación a la naturaleza jurídica de esta figura, pues las arras siempre suponen la entrega de una cosa, lo que no acontece, por regla general, en el cierre de negocios. Verdugo (2008), p. 110.

[28] Messineo (1952), p. 390.

[29] Con razón se ha observado que no es que los contratos típicos no ofrezcan problemas hermenéuticos, o que ellos sean en un grado menor. La experiencia prueba que infinitas son las cuestiones que se proponen todos los días en tribunales discutiendo qué norma legal se le debe aplicar a un determinado supuesto contractual típico. Mientras tanto, muchos contratos atípicos son elaborados con tan impresionante precisión (en razón justo de la ausencia de una reglamentación legal) que torna desde un punto de vista práctico innecesario cualquier cuestionamiento sobre su tracto jurídico. Câmara (2008), pp. 128-129.

Se acostumbra decir que los contratos atípicos se encuentran disciplinados, en primer lugar, por el acuerdo negocial, es decir, por las cláusulas ajustadas por las partes; sigue siendo la voluntad de las partes el criterio básico que debe guiar la labor hermenéutica del juez y con mayor razón en los atípicos[30]. Pero como se ha observado:

> "por atípico que sea el contrato a interpretar, cuando debemos detenernos en ello, no podremos comenzar de otro modo que no sea constatando claramente que el instrumento en análisis reúna los requisitos de validez que debe tener todo contrato, a saber, capacidad, consentimiento, objeto lícito y causa lícita. No tendría ningún objeto entrar en la interpretación del clausulado sin indagar primero si el contrato en su integridad es nulo o en un extremo dado, inexistente"[31].

En la misma línea, ante todo, dice Luis Díez-Picazo, han de regir las limitaciones a la autonomía de la voluntad (no ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público, artículo 1255), entre las que se encuentran las leyes imperativas, que en esta materia han de ser las disposiciones de este carácter contenidas en el título II, "De los contratos", del libro IV del *Código Civil* español. Hace hincapié en las dedicadas a la causa, destacando que los atípicos han de poseerla necesariamente por preceptuarlo con carácter general el artículo 1261, aunque en ellos la causa será atípica también, en el sentido de que no está reconocida en forma específica por el legislador como en los contratos regulados. Tendrán que tener alguna de las causas genéricas que recoge el artículo 1274[32].

El atípico se ha de disciplinar igualmente por el artículo 1258 del *Código Civil* español[33]. Serán decisivos, por tanto, los pactos establecidos por los

[30] Puede ser que, incluso, un estatuto contractual sea excluido del análisis por voluntad expresa de las partes (ejemplo: "Esta convención no se estimará en ningún caso compraventa"). León (2007), p. 659.

[31] Salcedo (2013), p. 265.

[32] Dicha norma dispone: "En los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor". En nuestro país la Corte Suprema ha sostenido al respecto que aun cuando es indudable que, dentro de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para pactar contratos innominados, esa libertad no puede llegar hasta hacer subsistir como innominados los contratos reglamentados por nuestro Código Civil a que le faltan requisitos esenciales y estimar como innominado un contrato de venta en que no existen precio o cosa vendida, o un arrendamiento en que no existe cosa arrendada o renta de arrendamiento, en razón de que la falta de tales requisitos hace desaparecer el objeto o la causa del contrato. Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 1954, *RDJ*, tomo 51, sección 1ª, p. 622.

[33] Reza esa disposición: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

contratantes, y en lo no previsto por ellos los usos y las leyes (dispositivas), además de la buena fe.

La remisión a los usos permite aplicar lo que se ha llamado "tipicidad social", es decir, las normas practicadas en el tráfico con habitualidad en este tipo de contratos. En cambio, la remisión a las leyes plantea una cuestión sobre la que reina el más absoluto desacuerdo, y en la que no se pueden dar más que orientaciones.

Parece indudable, concluye Luis Díez-Picazo, que dentro de este bloque de leyes dispositivas han de estar los preceptos del título II, "De los contratos", del libro IV del *Código Civil*, "De las obligaciones y contratos", por ser generales a aquellas y estos[34].

Las dudas surgen, también, cuando el supuesto contractual atípico en cuestión contiene elementos de dos o más esquemas contractuales típicos, lo que da lugar a los llamados contratos mixtos o complejos.

Se han formulado varias teorías para determinar la legislación aplicable a esos innominados mixtos: la de absorción, la de la combinación, la de la aplicación analógica y la alemana de la comprensión o consideración tipológica.

La *teoría de absorción* busca el elemento preponderante, y si se corresponde con el preponderante de un contrato típico, se aplica su normativa. Por ejemplo: puede considerarse que en el 'de garaje' se busca ante todo la custodia del vehículo, por lo que la prestación principal es la de custodia que ha de prestar el garajista, lo que permite acudir a la normativa del de depósito[35]. En otras

[34] Díez-Picazo y Gullón (2016), pp. 27-28. En términos similares Manuel Albaladejo comenta que son aplicables a cualquier atípico: 1.° Todas las normas legales de carácter *imperativo* adecuadas al caso; que, en particular, serían las atinentes, en general, a los contratos (entre las que se hallan las que se refieren a estructura: por ejemplo, no por ser atípico, se puede admitir un contrato sin causa: *Código Civil*, artículo 1.261, 3.°). 2.° Lo estipulado por las partes; ya que es norma válida para típicos y atípicos la de que aquellas pueden autorregular sus intereses, siempre que lo pactado no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público (*Código Civil*, artículo 1.255). 3.° Las normas legales de derecho supletorio dictadas para los contratos en general, y que sean exactamente aplicables al caso; entre las que tiene especial interés recordar que se halla el artículo 1258, ya que este artículo establece que el contrato –luego también el atípico– obliga a aquello que, según su naturaleza, sea conforme *a la buena fe, al uso* y a la ley; lo que significa que (aparte de la ley, pues ello es obvio) se puede hallar regulación para el atípico en lo que se deduzca de la buena fe o establezca el uso. Albaladejo (1997), p. 411.

[35] Díez-Picazo y Gullón (2016), p. 28. En nuestro país, en aplicación de este criterio de la absorción se resolvió que "en la práctica el sistema ideado por la asociación demandada corresponde al concepto de prestar ayuda a los asociados cuando se produzca un siniestro y ello incluye el daño del propio bus y también aquellos que se deban pagar a un tercero, en virtud de la sentencia judicial. Se trata pues de un contrato sui generis e innominado, pero es evidente que lo más próximo es el de seguro. En tal sentido, producido un siniestro, el estado de las cosas debe ser considerado para todos los efectos al momento de la fecha del siniestro. La conclusión

palabras, se debe buscar en cada contrato atípico qué sea lo preponderante en él, es decir, ver a qué contrato típico es básicamente equiparable; aplicando, entonces, a la totalidad de aquel, la regulación de este[36].

Esta asimilación o encasillamiento del atípico en uno o más contratos típicos, dicen Jorge López Santa María y Fabián Elorriaga, es una operación que se reduce a calificarlo. La calificación de un contrato consiste en establecer su naturaleza jurídica, encuadrándolo en alguno de los tipos definidos por la ley, sobre la base de la esencia de las circunstancias que configuran el mismo, prescindiendo de la denominación que las partes hayan empleado. La calificación de los contratos es una cuestión de derecho, de manera que, a diferencia de las cuestiones de hecho, la Corte Suprema puede revisarla por la vía del recurso de casación en el fondo. Al menos como regla general, la calificación de un contrato presupone que sea interpretado, fijándose, en países como el nuestro, la intención de las partes contratantes.

Puede no ser fácil, en todo caso, establecer cuál es el reglado más semejante al atípico, ya que es factible que el clausulado que se han dado los contratantes contenga obligaciones y derechos que hagan al contrato semejante a más de un tipo contractual.

En este caso, una primera opción es buscar en el atípico un elemento esencial, para luego cotejarlo con los reglados más semejantes. Por ejemplo, si el contrato es título traslaticio de dominio, si es de garantía o de prestación de servicios. Ello permitiría atribuirle al contrato no reglado la normativa de los que contengan este elemento esencial. Es lo que a veces hace el propio legislador para diferenciar un contrato de otro. Así, por ejemplo, si se celebra uno en el que parte del precio que se paga por algo es dinero y el resto mediante la dación de una cosa, ello será una permuta si la cosa vale más que el dinero, y venta en el caso contrario (artículo 1794 del *Código Civil*). De la misma forma, si

emana de la interpretación del inciso segundo, del artículo 22 del Código Civil y artículos 1560 y siguientes del mismo código, aplicables en la especie en virtud de las facultades interpretativas de estos jueces [...]. Establecido lo anterior, no hay duda que a la fecha del siniestro el actor estaba en situación de requerir los beneficios del antedicho convenio de ayuda en casos de siniestros. La situación de la expulsión es posterior al siniestro y en consecuencia, ésta es la única forma de entender el convenio, puesto que la situación fáctica se aparta de lo previsto y aquí es, precisamente en donde el sentenciador debe desplegar sus facultades interpretativas en la forma prevista por la ley general y en lo específico la de los contratos, muy en especial la disposición del artículo 1563 del Código Civil, que permite hacerlo en la mejor forma que se avenga con la naturaleza del contrato de que se trata" (Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol n.° 3005-1999, 6 de diciembre de 2004, considerandos 4.° y 5.°. La Corte Suprema, rol n.° 67-2005, 8 de septiembre de 2005, desestimó la casación en el fondo con que se impugnó el fallo de segunda instancia).

[36] Albaladejo (1997), p. 412.

se encarga a un artífice la confección de una obra material entregándole los materiales, el contrato es de arrendamiento de servicios; por el contrario, si el artífice es quien pone los materiales, es de compraventa (artículo 1996 del Código *Civil*). El problema es que muchas veces un mismo elemento esencial es parte de varios contratos diversos, como pueden serlo el préstamo y la apertura de crédito, ya que en los dos está presente el elemento crediticio; o la compraventa y el suministro, pues ambos sirven de título translaticio de dominio.

Es por lo anterior que buena parte de la doctrina estima que la alternativa más correcta es buscar la causa común que pueda tener el contrato atípico con uno de los reglados por el ordenamiento jurídico. Si ambos obedecen a la misma causa, la convención atípica será absorbida por la que tiene tipo legal. Aquí se entiende la causa como la función económica y social que cumple un determinado contrato. Se parte de la base de que el legislador tipifica algunos que contienen relaciones interpersonales que satisfacen necesidades económicas y sociales dignas de regulación. De ahí que deba pesquisarse cuál es la causa del atípico que han otorgado las partes, para, una vez hecho esto, aplicarle las normas del típico que obedezca a igual necesidad.

Si lo anterior tampoco proporciona soluciones claras y útiles, será necesario buscar otros elementos comunes entre el contrato celebrado y aquellos reglados y que sean diferenciadores del tipo. Un elemento es la condición personal de las partes: si una de ellas es una compañía de seguros o el Estado, puede recurrirse a las normas de los contratos que usualmente celebran dichas entidades y que están reglados. También el elemento temporal puede servir para determinar que uno que se ha extendido en el tiempo es de trabajo, y que, por el contrario, uno que se ha reducido a una gestión en particular es de prestación de servicios. Otro elemento común puede ser la existencia o no de subordinación de una parte a la otra, lo que puede permitir asociar el contrato innominado a un mandato o la prestación de servicios si es que dicho elemento no existe, o el de trabajo si se presenta alguna forma de dependencia laboral.

La principal importancia de la calificación de un contrato reside en que por ella se determina la legislación supletoria o supletiva de la voluntad de las partes, que deberá aplicarse a todo lo no previsto por los contratantes. En el caso del atípico, asimilado al o a los típicos que más se le asemejen, en definitiva, la normativa supletoria resultará de los modelos reglados *a priori* por el legislador.

Concluyen Jorge López Santa María y Fabián Elorriaga, que si la equidad y la analogía son los dos elementos clásicos que sirven para integrar o zanjar las lagunas del derecho, en el estado actual de la elaboración chilena en torno al contrato atípico, tanto doctrinal como jurisprudencial, parecería que la primera es enteramente desplazada por la segunda. Las lagunas contrac-

tuales en los atípicos se dirimen recurriendo a las normas de los más parecidos, es decir, por analogía[37].

Otra es la *teoría de la combinación*, que construye una propia normativa combinando la correspondiente a cada uno de los contratos típicos, teniendo presente el fin perseguido por los contratantes[38]. Al atípico hay que aplicarle el conjunto de preceptos que resulte de combinar los aplicables a cada uno de los típicos, en la parte en que concurren a formar el atípico[39].

Hay una tercera *teoría de la aplicación analógica*, que recomienda la aplicación de la normativa de la figura tipificada más afín[40]. El contrato atípico debe someterse a la regulación que, para el supuesto concreto ante el que se esté, se obtenga de los principios generales del derecho que principalmente se hallarán en lo dispuesto en la ley para otros (aplicación por analogía de la regulación de estos en el punto en que sean afines al atípico) y en lo establecido para los contratos en general y para las obligaciones. Y así, de esos principios se pueden obtener reglas aplicables a las diferentes partes del atípico, según sean estas análogas a uno o a otro típico. Y en aquellas partes en que sea precisa la aplicación unitaria de una regla a la totalidad del contrato atípico, se aplicará la propia del elemento preponderante[41].

Para terminar, se puede agregar la *teoría alemana de la comprensión o consideración tipológica*. Explica Rodrigo Barcia que para esta teoría se puede diferenciar entre concepto y tipo. De este modo, es posible definir el de compraventa como aquel en que una parte se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Pero la tipología del contrato es mucho más rica; así, la compraventa es onerosa, conmutativa o aleatoria, etc. En definitiva, lo que debe predominar es la "imagen total del contrato"[42].

Cada teoría ha sido objeto de críticas. Así, para Luis Díez-Picazo la teoría de la absorción plantea una dificultad inicial, cual es la de calificar el elemento preponderante o, si se quiere, el verdadero objeto perseguido por los contratantes. Cabe dudar, por ejemplo, de si en el contrato de garaje se ha querido más que la custodia el arrendamiento de un espacio, o si en uno de hospedaje se quiere de manera principal el alquiler de la habitación más que las prestaciones de manutención y servicios. Por eso, para los supuestos que no admitan la teoría de la absorción conviene la teoría de la combinación, que habrá de realizarse sin perder de vista el fin contractual pretendido. En cuanto a la teoría

[37] López y Elorriaga (2017), p. 130 y ss.
[38] Díez-Picazo y Gullón (2016), p. 28.
[39] Albaladejo (1997), p. 412.
[40] Díez-Picazo y Gullón (2016), p. 28.
[41] Albaladejo (1997), p. 412.
[42] Barcia (2007), p. 40.

de la aplicación analógica, solución en apariencia simple, la considera enormemente dificultosa, al tropezar con una realidad casi insuperable: la atipicidad del contrato, en otras palabras, su no encaje en los tipos legales, y lo que se quiere es precisamente lo contrario[43].

También, como se ha puesto de relieve, no siempre corresponde a la realidad el que se establezca la prevalencia de un elemento contractual sobre los demás (por ejemplo: en el contrato de pensión, los elementos "prestación del alojamiento" y "prestación de la comida" son equivalentes entre sí y no hay prevalencia del uno sobre el otro) y, por lo tanto, no siempre podría verificarse la absorción. Además, mediante la absorción, el fin práctico que las partes persiguen, en lugar de ser protegido en su integridad y favorecido, sería falseado y dificultado[44]. Pero hay que agregar todavía, según Francesco Messineo, que con la afirmada prevalencia y con la aplicación de la disciplina jurídica del nominado correspondiente, se pondrían en la sombra o se comprometerían justamente aquellos elementos que se dicen –y no siempre lo son– secundarios y que dan al innominado su rasgo característico; precisamente este quedaría privado de influjo sobre la disciplina jurídica del contrato innominado[45].

Por su parte, Manuel Albaladejo considera que es forzado someter –como pretende la teoría de la absorción– *todo* el atípico, incluido el elemento discrepante del típico absorbente, a lo dispuesto para este. Agrega que, entre las teorías de la *combinación* y de la *aplicación analógica*, si se observa bien no habrá en última instancia, al momento de concretar cuál sea el precepto aplicable, diferencias, pues si la *combinación* se hace de forma no meramente mecánica, sino con criterio orgánico ("mirando –como dice la sentencia del TS de 27 de febrero de 1950– a la unidad del fin económico"), resultará, más o menos, lo mismo que si se hubiese utilizado el criterio de *aplicación analógica*. Porque, en definitiva, el combinar de modo orgánico (con supresión, por tanto, de lo que, si bien inicialmente valdría para cierta parte del contrato, se demuestra después que choca con otra del todo que este forma) las reglas oportunas (dictadas para los que resultan combinados en el atípico) es el camino de obtener la regulación aplicable al caso, a tenor de los principios generales del derecho[46].

Las distintas teorías formuladas –y criticadas– sobre qué legislación aplicar a los contratos innominados y la enorme variedad de estos ha llevado, con razón, a decir que estos "gozan de una disciplina notablemente elástica"[47].

Cabe señalar que el artículo 970 del nuevo *Código Civil y Comercial* argentino dispone:

[43] Díez-Picazo y Gullón (2016), p. 28.
[44] Así, La Lumia (1913), p. 254.
[45] Messineo (1952), pp. 397-398.
[46] Albaladejo (1997), p. 412.
[47] Messineo (1952), p. 384.

> "Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por: a) la voluntad de las partes; b) las normas generales sobre contratos y obligaciones; c) los usos y prácticas del lugar de celebración; d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad".

Respecto de esta norma se ha comentado que da un orden de prelación claro, en el que se privilegia la voluntad de las partes, cuya dinámica creativa es privilegiada frente al criterio de regulación estándar de los modelos normativos correspondientes a los contratos nominados, de aplicación como última opción de integración[48].

También en Argentina, autores como Atilio Alterini, indican que en la actualidad existe una preeminencia de aplicar las normas generales de las obligaciones y contratos a aquellos atípicos por sobre las normas de los típicos que más se le parezcan. Se reconoce la preeminencia de las normas generales relativas a obligaciones y a contratos. Cita al efecto a las directivas del *Código Civil* del distrito federal mexicano (artículo 1858), reiteradas por el *Código Civil* de Louisiana de 1984 (artículo 1915), por el *Código Civil* de Québec de 1992 (artículo 1377) y por el *Código Civil* de Mongolia de 1994 (artículo 169, inciso 2.°)[49]. En el mismo sentido, Ricardo Lorenzetti indica que la doctrina clásica establecía que se aplicaba primero la norma correspondiente al tipo especial más afín, mientras que ahora se acepta que debe tener preeminencia la parte general de las obligaciones y contratos[50].

Para nosotros la solución al problema de la normativa que le debe ser aplicada al atípico pasa necesariamente por la previa fijación del fin u objeto que los contratantes han perseguido con su celebración. Ese es el punto de partida para determinar si aplicar o no y en qué medida la regulación de contratos semejantes sin llegar a su desnaturalización forzando su encuadramiento en uno o en la combinación de algunos de los típicos. La selección de las normas aplicables debe ser de manera especial discreta, para asegurar el respeto a la economía y a la finalidad del atípico celebrado. La deferencia hacia la autonomía de la voluntad debe primar cuidando si de cumplir con los requisitos generales de todo acto o contrato.

Además, como las partes se han alejado de los contratos típicos regulados en la ley y, en mayor o menor medida, han creado algo nuevo, cobra especial relevancia la norma rectora en materia de interpretación, esto es, que conocida claramente la intención de los contratantes habrá de estarse a ella más que a lo literal de las palabras (artículo 1560 del *Código Civil*).

---

[48] Caramelo (2015), p. 599.

[49] Alterini (1998), p. 189.

[50] Lorenzetti (1999), p. 29.

Por otra parte, en ocasiones el atípico no es tal y las partes a través de él tratan de evitar la aplicación de una norma imperativa. Estimamos que en estos casos debe aplicarse a ellos la legislación imperativa de los contratos que han tratado de eludir, pues los atípicos no son "islas jurídicas" al margen de la ley, menos si estas tienen carácter imperativo, y, además, porque de no aplicárseles esta legislación quedarían en una situación mejorada frente a quienes sí cumplen esa normativa. La principal limitación a la autonomía de la voluntad es y será la ley.

Un ejemplo nos sirve para ilustrar lo que venimos diciendo. Hasta hace poco, quienes ofrecían sus inmuebles para estadía por periodos breves mediante plataformas digitales argumentaban que no les era aplicable la legislación sectorial o tributaria, entre otras, por no estar normada esa actividad en nuestra legislación. Sin embargo, lo cierto, como dijimos, es que había que aplicarles esa legislación por tener carácter imperativo. De no ser así, por ejemplo, estos alojamientos no pagarían IVA, no obstante que el artículo 8° del DFL n.° 825 sobre Impuesto al Valor Agregado dispone:

> "El impuesto de este Título afecta a las ventas y servicios. Para estos efectos serán considerados también como ventas y servicios, según corresponda: [...] g) El arrendamiento, subarrendamiento, usufructo o *cualquier otra forma de cesión del uso o goce temporal* de bienes corporales muebles, *inmuebles amoblados*, inmuebles con instalaciones o maquinarias que permitan el ejercicio de alguna actividad comercial o industrial y de todo tipo de establecimientos de comercio" (énfasis agregado)[51].

Agréguese que tampoco pagan patente comercial. Además, la Ley n.° 20423, sobre el Sistema Institucional para el Desarrollo del Turismo, luego de señalar que se entiende por servicios de alojamiento turístico los:

> "establecimientos en que se provee comercialmente el servicio de alojamiento, por un período no inferior a una pernoctación, que estén habilitados para recibir huéspedes en forma individual o colectiva, con fines de descanso, recreo, deportivos, de salud, estudios, negocios, familiares, religiosos, u otros similares" (artículo 5.° letra h),

dispone:

> "Los prestadores de servicios de alojamiento turístico deberán inscribirse en el Registro Nacional de Clasificación del Servicio Nacional de Turismo" (artículo 34)

[51] Esto fue solucionado con la Ley n.° 21210, del 24 de febrero de 2020, que estableció que los servicios remotos remunerados prestados por no residentes ni domiciliados en Chile, deben pagar el Impuesto al Valor Agregado a partir del 1 de junio de 2020.

sancionando con una multa al prestador que no cumplan con la obligación de registro establecida en el artículo 34 (artículo 50 letra a). Sería un expediente fácil para burlar toda esta legislación alegar, por parte de los oferentes de los inmuebles, que se trata de contratos no reglados o atípicos poniéndose en una posición, además, ventajosa frente a los competidores formales que sí pagan impuestos, patente comercial, etcétera.

Conclusiones

Los contratos innominados se harán cada vez más frecuente superando las figuras contractuales clásicas de los códigos decimonónicos.

El hecho que no estén regulados en las leyes no los ponen al margen de ellas, en especial si estas tienen el carácter de imperativas, sobre todo en casos en que hay indicios que ellos han sido utilizados como un expediente para eludir esa legislación.

Al momento de su interpretación y búsqueda de la legislación aplicable debe primar, ante todo, el respeto a la autonomía de la voluntad, colocando especial énfasis en el fin u objeto que han querido perseguir las partes con ese contrato que escapa a los moldes clásicos. Luego se podrá recurrir, por analogía, si es necesario, a figuras afines o a una combinación de distintos tipos contractuales que ayuden a la integración e interpretación de aquellos.

Lo anterior, sin perjuicio, que deben cumplir con los requisitos generales de existencia y validez requeridos para todo acto o contrato.

Bibliografía

Albaladejo, Manuel (1997): *Derecho civil*. Tomo ii, vol. i (Barcelona: Bosch).

Alcalde Rodríguez, Enrique y Boetsch Gillet, Cristián (2021): *Teoría general del contrato. Doctrina y jurisprudencia*. Tomo ii (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Alterini, Atilio Aníbal (1998): *Contratos civiles, comerciales, de consumo. Teoría general* (Buenos Aires: Abeledo Perrot).

Arrubla Paucar, Jaime Alberto (2008): *Contratos mercantiles. Contratos atípicos*. Tomo iii (Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké).

Barcia Lehmann, Rodrigo (2007): *Lecciones de derecho civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo ii (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Belda Mercado, Javier (2008): "Reconocimiento jurídico de los contratos innominados", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.° 12: pp. 69-86. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=104 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Bello, Andrés (1853): *Proyecto de Código Civil* (Santiago: Imprenta Chilena).

Betti, Emilio (1959): *Teoría general del negocio jurídico* (Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado).

Camacho López, María Elisa (2005): "Régimen jurídico aplicable a los contratos atípicos en la jurisprudencia colombiana", *Revist@ e–Mercatoria*, vol. 4, n.° 1: pp. 1-34. Disponible en https://revistas.uexternado.edu. co/index.php/emerca/article/view/2106/1883 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Câmara Carrá, Bruno Leonardo (2008): "Apuntes a la clasificación de los contratos en típicos, atípicos y mixtos", *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, año II, n.° 3. Disponible en https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4356686 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Caramelo Díaz, Gustavo (2015): "Clasificación de los contratos", en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*. Tomo V (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni).

Chuliá Vicent, Eduardo y Beltrán Alandete, Teresa (1989): *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos* (Barcelona: Bosch, cuarta edición).

Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio (2016): *Sistema de derecho civil*. Vol. II (Madrid: Tecnos).

Grassetti, Cesare (1938): *L'interpretazione del negozio giuridico, con particolare riguardo ai contratti* (Milano: Padova).

La Lumia, Isidoro (1913): *I depositi bancari* (Torino: Utet).

León Urrutia, Rodrigo (2007): "La calificación contractual y el régimen jurídico de los contratos innominados", en Corral Talciani Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (ccords.), *Estudios de derecho civil II* (Santiago: LexisNexis): pp. 651-664.

López Santa María, Jorge y Elorriaga De Bonis, Fabián (2017): *Los contratos. Parte general* (Santiago: Thomson Reuters).

Lorenzetti, Ricardo Luis (1999): *Tratado de los contratos*. Tomo I (Buenos Aires: Editorial Rubinzal-Culzoni).

Messineo, Francesco (1952): *Doctrina general del contrato.* Tomo I (trad. Rodolfo O. Fontanarrosa, Santiago Sentís Melendo y M. Volterra (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América).

Messineo, Francesco (1979): *Manual de derecho civil y comercial. Derecho de las obligaciones. Parte general*. Tomo IV (trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América).

Ortega Piana, Marco Antonio (2001): "Contratos nominados e innominados, típicos y atípicos, y su relación con las normas legales", *Ius Et Praxis,* n.° 32. Disponible en https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/3636/3572 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Salcedo Flórez, Álvaro (2013): "Los contratos atípicos y los mecanismos para su interpretación", *Revista Análisis Internacional*, n.° 7. Disponible en https://re-

vistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/870/882 [fecha de consulta: noviembre de 2022].

Symeonides, Symeon C. (2006): "Contracts Subject to Non-State Norms", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54. Disponible en www.jstor.org/stable/20454537?seq=1 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Verdugo Bravo, Ismael (2008): "La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos", *Ars Boni et Aequi*, n.° 4, pp. 101-110. Disponible en http://ars-boni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/view/187/ 170 [fecha de consulta: noviembre 2022].

Jurisprudencia

Corte de Apelaciones de Santiago, 30 de junio de 1943, *RDJ*, tomo 40, sección 2ª.

Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 1954, *RDJ*, tomo 51, sección 1ª.

Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de octubre de 2006, rol n.° 6557-2000.

Corte de Apelaciones de Santiago, 6 de noviembre de 2012, rol n.° 4657-2011, ID Westlaw CL/JUR/2538/2012)

Corte de Apelaciones de Valdivia, 6 de septiembre de 2006, rol n.° 543-2006.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 6 de diciembre de 2004, rol n.° 3005-1999, considerados 4.° y 5.°.

Corte Suprema, 28 de diciembre de 1921, *RDJ*, tomo 21, sección 1ª, p. 391, considerando 22.°.

Corte Suprema, 14 de enero de 1947, *RDJ*, tomo 44, sección 1ª.

Corte Suprema, 7 de abril de 1964, *RDJ*, tomo 61, sección. 1ª.

Corte Suprema, 9 de agosto de 1988, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 85, sección 5ª.

Corte Suprema, 8 de septiembre de 2005, rol n.° 67-2005.

Corte Suprema, 8 de junio de 2010, rol n.° 6690-2008, ID Westlaw CL/JUR/3211/2010).

EL ABANDONO DE LA QUERELLA. REPENSANDO LOS EFECTOS DE LA SANCIÓN PROCESAL A LA LUZ DE LA GARANTÍA DE PROTECCIÓN QUE ASISTE A LA VÍCTIMA

THE ABANDONMENT OF THE COMPLAINT. RETHINKING THE EFFECTS OF THE PROCEDURAL SANCTION IN LIGHT OF THE GUARANTEE OF PROTECTION THAT ASSISTS THE VICTIM

Fernando Sariego Egnem[*]
Nathalia Vargas Umanzor[**]

Resumen: Este ensayo efectuará un análisis crítico en torno a la inconveniencia de otorgar una hermenéutica amplia al uso de la sanción de abandono de la querella y su correlativo efecto previsto en el artículo 121 del *Código Procesal Penal*, en específico para el caso en que el ofendido figure como querellante. Lo anterior, por cuanto, de suscribir una variable interpretativa laxa sobre la sanción en comento, ello no solo iría en franca contradicción con las directrices axiológicas plasmadas en la ley en beneficio de la víctima, sino que, también, se soslayaría el posicionamiento y trascendencia que de forma gradual ha ido adquiriendo en la escena penal. Es así como, a partir de su reconocimiento formal como sujeto procesal, se adiciona la consagración de un catálogo explícito de derechos que avala el actual estatus de la víctima, sin desconocer, además, la inclusión de un principio rector que aboga por garantizar la vigencia de sus derechos. Por tal motivo, se controvertirá –a través del empleo de una

[*] Profesor Derecho Procesal, Universidad del Desarrollo. Máster en tutela de Derechos Fundamentales, Universidad Jaen, España. Máster en Derecho Probatorio en el Proceso Penal, Universidad de Barcelona, España. Magister en Derecho, Universidad de Chile. Juez titular Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago. Correo electrónico: Fernandosariego@udd.cl

[**] Estudiante de quinto año y ayudante titular cátedra Derecho Procesal, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: nvargasu@udd.cl

herramienta interpretativa *pro homine*– la pertinencia y coherencia sistémica de atribuir al abandono de la querella un efecto tan radical como privar a la víctima de los derechos que pueda ejercer como querellante, por cuanto dicho derrotero conduciría a una flagrante vulneración al deber de tutela que el *Código Procesal Penal* ha encomendado a la judicatura en relación con la vigencia de sus derechos, entre ellos el de querellarse.

Palabras claves: querella criminal, víctima, garantías judiciales, vigencia, abandono.

Abstract: This essay intends to carry out a critical analysis regarding the inconvenience of granting a broad hermeneutic to the use of the sanction of abandonment of the complaint and its correlative effect foreseen in article 121 of the Criminal Procedure Code, specifically in the case that whoever appears as plaintiff is the one offended by the crime. The foregoing, inasmuch as we understand that, by signing a lax interpretative variable on the precept in question, not only would the clear axiological guidelines embodied in the law for the benefit of the victim be ignored, but the positioning and significance that this has gradually gained acquiring at the criminal scene. This is how, from its formal recognition as a procedural subject, the consecration of an explicit catalog of rights is added that guarantees the current status of the victim, without also ignoring the inclusion of a guiding principle that advocates guaranteeing the validity of their rights. Rights. For this reason, this essay will seek to dispute, from the use of a pro homine interpretation tool, the relevance and systemic coherence of attributing to the abandonment of the complaint an effect as radical as depriving the victim of the rights that he can exercise as a complainant. since said course would lead to a flagrant violation of the duty of protection that the Code of Criminal Procedure has entrusted to the judiciary in relation to the validity of their rights, including the right to file a complaint.

Keywords: Criminal Complaint, Victim, Judicial Guarantees, Validity, Abandonment.

I. Síntesis

Para nadie es sorpresa que la entrada en vigencia del *Código Procesal Penal* (en adelante *CPP*) trajo consigo múltiples cambios orgánicos y funcionales de suma trascendencia dentro del enjuiciamiento criminal. Pues bien, la víctima no estuvo ajena al citado fenómeno transformador, ya que, al asumido y pétreo

papel secundario instalado bajo el imperio del *Código de Procedimiento Penal*, se cruzó la frontera hacia una línea marcada por su protagonismo. Esto es así, en atención a que el ofendido no solo es concebido en propiedad como un interviniente, sino que, además, como un auténtico sujeto procesal acreedor de múltiples derechos. Tal es el grado de relevancia que el *CPP* asigna a la víctima, que fue incluida de modo expreso en el marco de los principios básicos del proceso, esto es, aquellos que dotan de contenido axiológico todo su engranaje normativo. Es más, descontando al ofendido, solo el imputado goza de semejante prerrogativa, circunstancia que, desde ya, da luces respecto de la dimensión y sitial especial que estos dos intervinientes ostentan para el *CPP*.

Sumado a lo anterior, cabe advertir que solo la víctima y el imputado cuentan con un catálogo de derechos reconocidos expresamente en el *CPP*, circunstancia que no acaece con otros intervinientes, tales como el Ministerio Público, el defensor o el querellante (en aquellos casos en que un tercero promueve la acción penal).

En razón de lo expresado, a pesar de la mirada impasible que aún predo mina en la praxis, en lo tocante a la intervención judicial y derechos de la víctima, lo cierto es que el entramado normativo que la rodea obliga a concluir que la intención del legislador se direcciona en sentido contrario, es decir, enfocado en proteger y promover el ejercicio de sus derechos. Tal diagnóstico debiese ser aquilatado en esa medida por el juez, en tanto este debe someterse al contenido y espíritu de la ley al momento de interpretar y resolver.

En ese orden de ideas, tomando como eje el principio básico contenido en el artículo 6 del *CPP*, se desarrollará una línea argumentativa destinada a cuestionar los efectos amplios que la judicatura ha atribuido a la declaración de abandono de la querella, levantando protesta a la circunstancia de pasar por alto el marco protector que el *CPP* asignó a la víctima en lo tocante a garantizar la vigencia de sus derechos. Para estos efectos, se evidenciará que resulta inapropiado escindir a la víctima del querellante en aquellos eventos en que la primera resuelve querellarse. Lo anterior, en atención a que mediante dicho proceder solo cabe colegir la intención del afectado de protagonizar en el proceso, por el derrotero de ejercitar un derecho reconocido (artículo 109 b) del *CPP*). De ahí que sería inexacto inteligir que en virtud de la promoción de la querella surgiría un interviniente distinto e independiente a aquel. Por el contrario, se trata de la misma víctima quien, por efecto de la presentación de su querella, vigoriza aún más su calidad procesal al incorporar a su acervo nuevos derechos y facultades procesales.

Bajo esa comprensión, es que emerge con toda propiedad y gravitancia para esta reflexión, el principio protector previsto en el artículo 6 del *CPP*, cuyo inciso primero impone obligaciones tanto al Ministerio Público como a la judicatura. En este caso el eje se centrará en la obligación impuesta al juez

de garantizar, nada más ni nada menos, que la vigencia de los derechos que la ley otorga al afectado. Entonces, a partir de una adecuada inteligencia respecto a la consagración de este principio, se abrirá el *iter* que permita extraer una respuesta sistémica y coherente en cuanto al punto neurálgico planteado.

Adicionalmente, se expondrá que un detenido análisis de los supuestos que originan la declaración de abandono de la querella, debiese conducir no solo una conducta reñida con el deber de lealtad en el cumplimiento de sus labores profesionales que el abogado debe mantener para con su cliente, sino que, además, en el plano técnico, el advenimiento de una figura de desistimiento tácito, la que, en caso de no estar debidamente autorizada, debiese ser ineficaz en la producción de sus efectos. De esta forma, quedará de manifiesto la inconveniencia –tanto en el ámbito de justicia como de proporcionalidad– de radicar en la víctima los efectos de un acto negligente y desidioso del letrado, máxime si, además, fue ejecutado al margen de la ley.

Así las cosas, se invitará al lector a internalizar la problemática suscitada entre el principio básico reglado en el artículo 6 con los artículos 120 y 121, todos del C*PP*, bajo una perspectiva *pro homine*, y con el mérito de ella indagar una vía de solución que permita la coexistencia de ambas directrices normativas, sin necesidad de constatar una antinomia y con el mérito de ello inducir al desuso de un determinado precepto. No obstante lo anterior, para el cumplimiento de tal empresa será perentorio categorizar adecuadamente a la figura del querellante, debiendo distinguir entre la víctima que ejercita el derecho a querellarse de cualquier tercero que ejerce similar facultad.

II. La víctima

2.1. Nociones generales y reconocimiento como sujeto procesal

Para comenzar, se ofrecerá un breve marco general de la víctima, el tránsito que ha recorrido y su posicionamiento histórico dentro los sistemas procesales además de su progresiva inserción y protagonismo que ha conquistado en el armado del debido proceso. Sumado a ello, con el fin de complementar las ideas vertidas en este trabajo, se traerán a colación instrumentos internacionales y legislaciones comparadas destinados a poner de relieve el reconocimiento y trascendencia que ha adquirido el ofendido en el marco del proceso penal.

En ese contexto, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas y del Abuso de Poder (1961), en su artículo 1 conceptualiza a la víctima como:

> "la persona que, individual o colectivamente, haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente [...]".

Asimismo, muchas legislaciones latinoamericanas, entre ellas la chilena, circunscriben a la víctima como el ofendido por el delito[1]. Por su parte, España promulgó el 27 de abril de 2015, el denominado "Estatuto de la víctima"[2], cuerpo normativo que convive en sintonía con los derechos que se incluyen en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras leyes especiales aplicables a tipos penales específicos. A pesar de ello, para tal cuerpo normativo, víctima es toda persona física que haya sufrido un daño o perjuicio sobre su propia persona o patrimonio, en especial lesiones físicas o psíquicas, daños emocionales o perjuicios económicos directamente causados por la comisión de un delito.

En cuanto al sitial que ha ocupado la víctima en el proceso penal, es dable mencionar que tradicionalmente ha sido concebida como un personaje poco incidente, de menor importancia, en ciertos casos prescindible, en atención a que el eje del conflicto penal se circunscribe a la vinculación existente entre el autor del delito y la autoridad estatal. Sin embargo, ello no siempre fue así, ya que como lo señala Jordi Nieva, históricamente la víctima tuvo un papel exclusivo en el proceso penal, lo que trasuntaba en que, si esta o un familiar no reclamaba del delito, el proceso penal no se activaba, concepción que se morigeró en la época romana con el surgimiento de la denuncia[3].

No obstante, con el advenimiento de los procedimientos inspirados en el inquisitivo y la intervención oficiosa del juez en la pesquisa y acusación, se generó un vuelco en la forma de entender el proceso, emergiendo la primacía del interés estatal en la aplicación de la pena por sobre el interés de reparar el daño causado a la víctima. De ahí que ha sido costumbre en los antiguos procedimientos latinoamericanos, incluido el C*ódigo de Procedimiento Penal* chileno, relegar al afectado del delito a planos secundarios, cuestión que ha llevado a parte de la literatura autorizada a proponer una suerte de expropiación del conflicto penal respecto de aquel[4].

Con todo, hace ya unas décadas el estatus de la víctima ha ido mutando en su beneficio, llegando, en la actualidad, a transformarse en un actor relevante de los procedimientos penales del continente, en un auténtico sujeto

[1] Artículo 108 del C*ódigo Procesal Penal.*

[2] Ley 4/2015 sobre el Estatuto de la Víctima del Delito, 28 de abril de 2015.

[3] Nieva (2017), p. 120.

[4] Maier (1992), p. 186.

procesal, acreedor de un catálogo de derechos reconocidos tanto en las legislaciones procedimentales ordinarias[5] como en ciertos casos a escala de carta fundamental[6]. Se constata, entonces, un verdadero resurgimiento o redescubrimiento de la víctima[7].

Así, bajo la actual configuración de los procesos reformistas latinoamericanos, si bien persiste y predomina el referido interés público, tal fenómeno no se exhibe desde un plano exclusivo y excluyente, sino que concurre en afinidad con el interés de la víctima, encasillado como un valor agregado jurídicamente relevante. Por cierto, que dentro del mapa se observan algunas legislaciones que aún persisten en su exclusión y de sus propósitos personales en el conflicto penal[8], pero ello no obnubila de modo alguno la constatación de un proceso transformador sobrellevado por gran parte de los países del continente en lo relativo a la tutela y promoción de los intereses del afectado en el trazado de su diseño procedimental.

A lo anterior se adiciona la positiva recepción que ha tenido la intervención de la víctima en el ámbito de instrumentos y jurisprudencia internacional. Así, a la mencionada Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas y del Abuso de Poder (1985), se adiciona el cambio introducido en el año 2001 al Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), por medio del cual la víctima se transformó en parte procesal reconocida y, por lo mismo, con la posibilidad de pretender directa y autónomamente ante la CIDH[9]. Tampoco se debe olvidar el Convenio 116 del Consejo de Europa sobre "indemnización de las víctimas de delitos violentos" o, bien, el Estatuto de Roma, que contiene diversas previsiones sobre la posición de la víctima en los procesos que se tramitan ante la Corte Penal Internacional, destacando, entre ellas, el reconocimiento para actuar

[5] Así, al artículo 109 del *Código Procesal Penal* chileno; se podría citar a modo ejemplar el artículo 80 del *Código Procesal Penal Federal* argentino; artículo 11 del *Código de Procedimiento Penal* colombiano; artículo 95 del *Código Procesal Penal* peruano; artículo 109 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* mexicano; artículo 71 del *Código Procesal Pena*l costarricense.

[6] Esto ocurre, por ejemplo, con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuyo artículo 20, enfocado al proceso penal acusatorio, contempla dentro de sus apartados una regulación detallada de los derechos de la víctima. Otro tanto acaece con la carta fundamental colombiana (artículo 250 n.° 7).

[7] Un análisis más profundo del fenómeno en García (2014), p. 45 y ss.

[8] Así, por ejemplo, Brasil reduce la intervención del ofendido a ciertos delitos de bajísimo impacto criminal como acontece con aquellos asociados al honor. Por su parte, Perú valida la participación del afectado en el proceso penal solo para los efectos de sustentar la cuestión civil.

[9] El artículo 25.1 del Reglamento dispone: "Después de notificado el escrito de sometimiento del caso, conforme al artículo 39 de este Reglamento, las presuntas víctimas o sus representantes podrán presentar de forma autónoma su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas y continuarán actuando de esa forma durante todo el proceso".

como demandante y de paso desentenderse de la vieja y automática asociación que se le atribuía a la calidad testigo. Ya de un modo más difuso se puede citar el artículo 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), toda vez que de su contenido se extrae el derecho de ser oído y el deber general de protección y amparo judicial frente a la conculcación de un derecho fundamental perteneciente a cualquier persona[10]. Asimismo, a la irrupción de estos insumos jurídicos se adiciona una creciente postura de la CIDH orientada a validar a la víctima no solo como un sujeto procesal, sino que como titular de derechos que deben ser reconocidos y promovidos por los diversos Estados en el contexto del debido proceso[11].

En ese orden de ideas, la eficacia de esta nueva concepción y posicionamiento de la víctima en la escena penal, pende, en gran medida, de contar con una adecuada recepción judicial, esto es, llana a abrirle camino e intervención en las distintas etapas que configuran la arquitectura del proceso, superando aquellos pareceres que la etiquetaban como una traba u obstáculo en la sustanciación del asunto penal, puesto que, en caso contrario, será letra muerta.

Bajo ese enfoque, como el *CPP* chileno decidió otorgar a la víctima la condición de interviniente y sujeto procesal, aprovisionándola de una gama de derechos mínimos asociados al debido proceso, parece axiológicamente recomendable arrimarse a una hermenéutica proclive a la promoción y fomento de la vigencia de esos derechos en lugar de una orientada a poner trabas o impedir el ejercicio de los mismos. Por lo demás, conviene adelantar que esta idea no es en absoluto ajena a la judicatura de alzada toda vez que, desde hace un tiempo, se ha ido consolidando una línea jurisprudencial propensa a fortalecer los derechos y garantías de las partes en desmedro de interpretaciones formales y rígidas atentatorias a las mismas[12]. Con todo, se regresará a este tópico con posterioridad por cuanto requiere ser abordado con mayor laxitud.

En esa dirección, es dable decir que en la actualidad no es aceptable que el proceso penal se tramite a puertas cerradas del afectado, sino que, por el contrario, desde su inicio este debe estar impuesto de su derecho a intervenir de un modo activo en él. Será, entonces, el afectado quien tendrá la última

[10] Sobre el particular la CIDH, a propósito del derecho de protección judicial consagrado en el artículo 25 de la CADH, dispuso que de ese derecho se derivan dos obligaciones para los estados partes: "La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas". Caso profesores de Chañaral y otras municipalidades vs, Chile. Sentencia de fecha 10 de noviembre de 2021, motivo 142, p. 52.

[11] A modo referencial, caso Guerrero Molina y otros vs. Venezuela. Sentencia de fecha 3 de junio de 2021, motivo 146, p. 42. En la misma dirección Acosta y otros vs. Nicaragua (2017).

[12] En este sentido, Corte Suprema, roles 83.347-2016, 19.079-2019, 33.261-2019.

palabra en torno a su participación procesal y quien sopesará las consecuencias favorables o desfavorables de hacerlo. Sobre este punto, mucho se piensa en los potenciales efectos negativos de concebir una injerencia activa de la víctima, asociados fundamentalmente a su revictimización. A pesar de ello, tal concepción no debe ser asimilada en términos absolutos, ya que también es posible percibir elementos positivos en la intervención del ofendido. En este punto se adhiere a las explicaciones de Jordi Nieva quien argumenta que la víctima muchas veces no se siente reparada sino contribuye en la persecución y al debido castigo de los hechos y que en el estado sociológico de los ciudadanos existe una *comuunis opinio* en que ello es legítimo, agregando el autor que esa actitud de la víctima le cuesta dinero, pero a pesar de ello decide continuar porque lo cree de justicia, lo que llevaría a concluir que es deber del juez oír su punto de vista y no solo atender al del persecutor público[13].

Por lo demás, cabe precisar que esta propuesta de apertura para el ofendido tampoco debiese causar asombro en el ámbito legal, ya que el *CPP* chileno la ha consagrado para las diversas etapas y ante todos los tribunales que pueden llegar a intervenir en la secuencia procedimental[14]. Así, bastaría leer con detención el catálogo de derechos que se consigna en el artículo 109 del *CPP* chileno para colegir que la participación del ofendido está asegurada transversalmente en todo el arco de la judicatura penal.

2.2. La víctima en el Código Procesal Penal chileno

Si bien el *Código de Procedimiento Penal* de 1906 reconocía la injerencia del ofendido dentro del proceso, su intervención e incidencia se acrecentó exponencialmente con la entrada en vigencia del *CPP*. En efecto, más allá de la mantención de la acción penal privada o la subsistencia del querellante adhesivo o particular, entre otros rubros, se generó una notoria expansión en el posicionamiento de la víctima en la escena penal, fenómeno que va en franca armonía con los requerimientos sociales actuales. Así, el protagonismo que el *CPP* asigna al afectado se ve reflejado en novedosas facultades y posibilidades de actuación que le son conferidas, las que se extienden a lo largo de todo el tránsito *extra* y *endo* procesal, tales como la legitimación para ejercitar la acción penal[15], la

[13] Corte Suprema, roles 83.347-2016, 19.079-2019, 33.261-2019.

[14] No debe soslayarse que el Mensaje del *Código Procesal Penal* fijó como uno de sus ejes la protección y fomento de los derechos de las víctimas. De esta forma se indica: "parece necesario destacar también la introducción a nivel de los principios básicos del sistema el de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos". Véase www.bcn.cl [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2022].

[15] Artículo 83 inciso segundo de la Constitución Política de la República.

facultad de decidir si serán judicializados ciertos delitos[16], el papel fiscalizador que representa respecto de la labor de investigación desarrollada por la Fiscalía[17], la posibilidad de poner término a la investigación formalizada llevada por el Ministerio Público y al proceso[18], la legitimación para instar por ciertas cautelares[19], el derecho de reclamar ciertas decisiones extrajudiciales[20] y judiciales[21] adoptadas en su perjuicio, etc. Sumado a lo anterior, se agrega un frondoso catálogo de derechos reconocidos en el artículo 109 del *CPP* cuyos ejes se circunscriben en asegurar la debida y pronta información respecto del curso del proceso como de las decisiones que pueden llegar a adoptarse, al igual que el derecho a ser oída cuando así lo requiera y solicite[22]. Aún más, el inciso final del artículo 35 de la Ley n.º 18216, impone el deber a la judicatura de citar a la víctima a la audiencia prevista en el artículo 343 del *CPP* para los efectos de ser oída tratándose de delitos de acción penal privada y pública previa instancia particular.

Bajo esa directriz, es incuestionable el salto cualitativo que experimentó el estatus de la víctima en el actual *CPP* en comparación al vetusto *Código de Procedimiento Penal*. Por lo mismo, ese cambio debe ser internalizado y canalizado en su real dimensión por la judicatura, lo que implica dejar de lado aquellos antiguos paradigmas que reducían el conflicto penal a un asunto de interés público, cuyos actores principales se encarnaban en el Estado y el imputado, como también abandonar aquellos planteamientos superficiales que entendían que el afectado solo pretendía valerse del proceso con fines revanchistas[23].

---

[16] Como acontece con el ejercicio de la acción penal pública previa instancia particular (artículo 54 del *CPP*) o la acción penal privada (artículo 55 del *CPP*).

[17] Así, frente a la decisión de archivo provisional de la causa o no iniciar la investigación, la víctima puede provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la correspondiente querella (artículo 168 del *CPP*). Similar oposición puede formular frente a la aplicación del principio de oportunidad solicitado por la Fiscalía (artículo 170 del *CPP*).

[18] En ese sentido el acuerdo reparatorio arribado entre víctima e imputado y cumplido satisfactoriamente por este, tiene la virtud de poner término al procedimiento mediante la correspondiente declaración de sobreseimiento definitivo (artículos 241 y 242 del *CPP*).

[19] El *CPP* permite que la víctima solicite medidas cautelares de aquellas previstas en su artículo 155.

[20] Por ejemplo, oponerse a que se decrete el archivo provisional de los antecedentes e instar por la reapertura de la investigación (artículo 167 del *CPP*),

[21] A la víctima le asiste el derecho para apelar de la resolución que decreta una suspensión condicional del procedimiento (artículo 237 del *CPP*), el sobreseimiento definitivo y la decisión absolutoria (artículo 109 letra f) del *CPP*), entre otras resoluciones judiciales.

[22] El ofendido tiene derecho a que se le oiga, entre otros eventos, antes de que se decrete la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237 del *CPP*) o se solicite el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa de la causa (artículos 248 letra a) y 109 e) del *CPP*).

[23] Sobre el particular, Alberto Binder cataloga como falaz la afirmación de que la víctima ingrese al proceso penal como un medio de canalización de su venganza, argumentando a la inver-

En síntesis, al día de hoy la víctima a un sujeto procesal empoderado y protegido por el ordenamiento jurídico, respecto de quien, incluso, parte importante de la sociedad declama una representación más notoria y efectiva en el tránsito judicial en aras de tutelar adecuadamente sus derechos. Sobre el particular, basta con decir que estos requerimientos han sido bien atendidos y canalizados tanto por el Poder Ejecutivo[24]. como por el Poder Legislativo como ocurrió con la reciente dictación de la Ley n.º 21523.

2.2.1. La dimensión de víctima en el CPP y papeles susceptibles de desempeñar

Bajo una concepción coloquial no cabe duda que la víctima se relaciona con la persona que sufre un acto delictivo. Es más, es esa dimensión la que abriga el *CPP* al conceptualizarla como el "ofendido por el delito", precisando, además, que, en aquellos casos en que el delito provocó la muerte de aquel o, bien, cuando se viere imposibilitado de ejercer los derechos que se le entregan, será subrogado en tal calidad por las personas que enumera (artículo 108).

Ahora bien, donde sí puede existir un margen de confusión es en la automática asimilación del afectado con la figura del querellante. Esto por cuanto, si bien en la mayoría de los casos el primero actúa en el proceso personificado como el segundo, lo cierto es que no debiese asumirse de plano tal correspondencia. En efecto, principiando por la clara diferenciación que hace el *CPP* al separar a la víctima del querellante como intervinientes, se debe convenir que el legislador nunca representó una simetría absoluta entre estos. Un claro botón de muestra lo vemos en el inciso segundo del artículo 111 del *CPP*, disposición que concede legitimación para querellarse a personas que no catalogan precisamente como ofendidos por el delito[25]. Bajo esta lógica, cierta doctrina autorizada ha sostenido que la aludida norma posibilitaría que intereses colectivos pudiesen deducir querella, aunque *estricto sensu* no sean portadoras del bien jurídico concretamente perjudicado[26].

---

sa que esta lo hace únicamente en busca de la reparación, muchas veces de índole pecuniaria. Binder (2013), p. 329. En una línea similar, Jordi Nieva descarta que la víctima mantenga un ansia vindicativa, sino que tras su intervención se palpa un deseo de ver que se hace justicia y que el sistema funciona. Nieva (2017), p. 121.

[24] El 3 de enero de 2021 fue enviado el mensaje n.° 436/368 con el que se inicia un proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Acceso a la Justicia y la Defensoría de las Víctimas. Respecto a su tramitación, véase en www.camara.cl/ legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=14559&prmBOLETIN=13991-07 [fecha de consulta: 22 de noviembre de 2022].

[25] El referido precepto establece que se podrá querellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública.

[26] Para mayor detalle sobre el punto, véase López y Horvitz (2003), p. 301 y ss.

Asimismo, el *CPP* se ha encargado de plasmar notorias diferencias en el ámbito de cargas y formas de actuación entre el afectado y el querellante. Por de pronto, en cuanto a la oportunidad para intervenir en el proceso, al igual que otras legislaciones, la víctima puede hacerlo de manera facultativa[27] y en cualquier instante, sin ver amenazada esa facultad por el advenimiento de fenómenos preclusivos, mientras que el querellante debe sujetarse a un estricto y determinado espacio procesal para irrumpir, bajo sanción de inadmisibilidad. Del mismo modo, la víctima no está sujeta a mayores cargas de comparecencia, mientras que el querellante si, bajo sanción de abandono (artículo 120 del *CPP*). Ni hablar de los requisitos exigidos para apersonarse al proceso, toda vez que para el afectado no corren mayores formalidades, las que, como contrapartida, si son requeridas para quien se querella bajo apercibimiento de inadmisibilidad. En fin, son muchas las diferencias que se podrían ventilar entre el ofendido y el querellante, pero que por razones de extensión del trabajo no se mencionarán, en atención a que el *iter* de esta instancia viene dado por justificar que son sujetos procesales distintos, quienes no necesariamente convergen bajo un mismo derrotero judicial, resultando impropio asociarlos, *a priori* de un modo indisoluble.

2.2.2. La víctima y el querellante

Una vez plasmada la improcedencia de asociar, en términos categóricos, al ofendido con la figura del querellante se analizará a continuación, la situación de mayor ocurrencia práctica, esto es aquella variable en la que ambos intervinientes sí se entrelazan. De este modo, se profundizará en ciertas ideas vinculadas a los efectos procesales derivados de la transformación de víctima en querellante y las líneas de actuación que debiesen observarse.

En ese sentido, lo primero decir es que la constitución de la víctima en querellante no solo es una variable aceptada por ley, sino que por medio de ella aquella busca intensificar su catálogo de derechos y, por cierto, que acentuar su posicionamiento en la escena penal, cuestión que se concreta mediante la absorción de nuevas herramientas jurídicas, las que no dispondría en caso de actuar como víctima a secas. Así, la potestad de promover una pretensión jurídica diversa a la planteada en la acusación o la posibilidad de subrogarse en el Ministerio Público para continuar ejercitando la acción penal pública en el caso previsto en el artículo 258 del *CPP*, son claros ejemplos de lo que se viene predicando.

Se trata de un reforzamiento de atribuciones debido a que esta colación de papeles produce un incremento en el abanico de derechos en la víctima. En efecto, constituirse en querellante solo puede ser observado como una fórmula destinada a acrecentar sus derechos y facultades, pero en caso alguno como una disminución o retroceso en esa protección. Por lo mismo, la decisión de

[27] En similar sentido al derecho alemán, véase Roxin (2003), p. 540.

actuar como querellante no debiese ser entendida como una renuncia a la condición de víctima, en tanto interviniente, quien debiese continuar gozando de los derechos que la ley le confiere en tal calidad. Por lo demás, como se advirtió, la mentada conversión tiene pleno correlato con la intención de la víctima de aumentar su incidencia en el proceso, situación que la ley avala al establecer su derecho a presentar querella.

Bajo ese entendido, si la víctima decidió querellarse ejercitando el derecho que le reconoce el artículo 109 b) del *CPP*, ello debiese conducir a repensar una nueva concepción de aquella, en términos de catapultarla como una víctima reforzada en sus derechos. Por cierto, que la aludida condición solo será reclamable por el ofendido del delito que decidió promover querella, con lo cual se descarta transformarla en una figura extensible a terceros.

Demás está decir que al permitir la ley que cualquier persona, capaz de parecer en juicio y domiciliada en la provincia, promueva querella (inciso segundo artículo. 113), con lo cual se colige que tal referencia engloba a quien ostenta la calidad de víctima. Lo anterior, en atención a que la capacidad a que alude la norma tiene relación con la capacidad para ser parte, esto es, aquella que detentan todas las personas naturales y jurídicas y que se vincula con los derechos de acceso a la justicia y poner en movimiento la actividad jurisdiccional, teniendo como excepción a aquellas personas que presentan una incapacidad.

En función de lo anterior y siempre bajo la lógica de que cualquier persona capaz de comparecer en juicio se encuentra habilitada para deducir querella, *a priori* podría resultar redundante haber consignado el derecho previsto en la letra b) del artículo 109 del *CPP* para el ofendido con el delito. Sin embargo, se discrepa de tal apreciación toda vez que la incorporación explícita del derecho de la víctima a impetrar querella busca dar una señal inequívoca en orden a fortalecerla en sus atribuciones procesales y, como consecuencia de ello, dicha potestad integraría el acervo de derechos que la ley le concede. Es por esta razón que la víctima que decide querellarse ostenta la calidad de víctima reforzada, desmarcándose del tercero que lisa y llanamente presenta querella, quien no solo detentará las limitadas atribuciones que, en tal condición, le otorga la ley, sino que, además, quedará desprovisto de la tutela jurisdiccional en el ejercicio de sus derechos, la que sí goza la primera. Lo anterior, en atención a que el principio de protección respecto de la vigencia de sus derechos está prescrito solo para la víctima, como se analizará a continuación.

2.2.3. El principio de protección de los derechos de la víctima en el *CPP*

Al hablar de este principio se busca resaltar uno de los pilares sobre el que se sostiene el proceso penal nacional. En efecto, el título primero del libro primero lleva por epígrafe "principios básicos", esto es, aquellas reglas esenciales

sobre las que reposa la arquitectura funcional del *CPP*. En razón de ello, resulta impensado sustraerse a los artículos que integran el mentado título, por cuanto son ellos los que imprimen de contenido y coherencia sistémica al aludido estatuto jurídico. En otras palabras, los preceptos que conforman los principios básicos son verdaderas guías interpretativas a disposición de un correcto ejercicio de la función jurisdiccional, además de un constituir un valioso insumo orientativo de las actuaciones de todos los operadores jurídicos.

Bajo esa perspectiva, se aterrizará de lleno en el artículo 6 del *CPP*, precepto situado dentro de los aludidos principios básicos y que centra su eje en el ofendido. Es así como esta disposición consagra un deber de protección integral de la víctima impuesto tanto para el Ministerio Público como para la judicatura. Así, respecto al primero se encarga la obligación de velar por la protección de la víctima en todas las etapas del procedimiento. Asimismo, al no hacer distinción en cuanto al ámbito de protección a emplear, debiese deducirse que abarca tanto la integridad física como psíquica del afectado además de implementar o solicitar las medidas necesarias tendientes a generar condiciones idóneas para su normal desenvolvimiento *extra* y *endo* procesal.

Ahora bien, en lo que compete a la judicatura el deber de protección que impone la ley es claro y se radica en garantizar la vigencia de los derechos de la víctima. Pues bien, es dable decir que la nomenclatura "vigencia" denota la idea de permanencia de un derecho, de modo que tal que cuando el *CPP* consagra como uno de sus principios básicos la obligación para el tribunal de resguardar que los derechos de la víctima se mantengan latentes, no queda más que acatar este mandato axiológico. Aún más, atendida la trascendencia del artículo 6 (en función de su ubicación geográfica), al tratarse de un principio básico del *CPP*, el resto de los preceptos que conforman su arquitectura debiesen subordinarse al primero. A su vez, en caso de observar algún tipo de antinomia entre el aludido principio básico con una determinada norma situada en el *CPP*, la solución esperable vendría dada por activar la función tutelar de la judicatura (impuesta en el artículo 6), a través de la implementación de una hermenéutica proclive a resguardar la vigencia de los derechos de la víctima, sin que ello provoque el desuso o inutilidad de la otra norma en disputa.

Desde esa perspectiva, si el artículo 6 del *CPP* impone a la judicatura el deber de asegurar la vigencia de los derechos que le asisten a la víctima, para un correcto entendimiento del objeto de este ensayo resulta perentorio retrotraerse a los derechos que el *CPP* consagra explícitamente para el ofendido del delito. Es así como, el artículo 109 del *CPP* establece un catálogo no taxativo de derechos que se reconocen a la víctima, dentro de los cuales destaca su letra b), esto es, "presentar querella", circunstancia que, de acuerdo con lo expuesto supra debiese llevar a constatar la presencia de una "víctima reforzada". De esta forma, tanto esta como la víctima genuinamente concebi-

da, debiesen ser titulares del derecho a la vigencia de sus derechos legalmente reconocidos, por lo que, sea cual sea la categorización del afectado, siempre estará legitimado para demandar de la judicatura la sujeción y respeto al principio protector consignado en el artículo 6 del C*PP*, en todos aquellos casos en que se vea coartado de ejercitar sus derechos procesales.

A virtud de lo anterior, cabe hacer notar que solo la víctima y el imputado cuentan con un armado normativo tutelar de sus derechos procesales –consagrado nada más ni nada menos que en el ámbito de principios básicos– factor que de modo recurrente tiende a olvidarse respecto de la primera, por distintos motivos. Así, el papel protagónico que ocupa el encartado en el proceso penal y su condición de titular preferente de la macro garantía del debido proceso o, bien, el marcado papel tutelar que debe desempeñar la judicatura en protección de los derechos de este, todo ello en concomitancia con la apreciación minimalista que aún persiste respecto del ofendido (concebido como interviniente), son elementos que contribuyen a incrementar la amnesia de que este, al igual que el imputado, también es categorizado como un sujeto titular de garantías procesales, entre ellas, la de obtener tutela judicial respecto de la vigencia de sus derechos, como reza el principio básico previsto en el artículo 6 del C*PP*.

En esa dimensión y haciendo un parangón con el artículo 10 del C*PP*, es dable sostener que su artículo 6 se erige para la víctima como una auténtica cautela de garantías en su beneficio, circunstancia que posicionaría a la judicatura en un papel vigilante y protector de sus derechos, en similares términos al mandato que debe cumplir para con el imputado. A su vez, es dable recordar que la cautela de garantías es un instituto procesal que pretende restablecer al titular de un derecho quien, por múltiples razones concurrentes, se ha visto privado o restringido de ejercerlo. Por lo mismo, como se verifica una verdadera coraza que ampara los múltiples derechos que la ley confiere a su titular, resulta de toda lógica que no se contemple un mecanismo único de restablecimiento, sino que corresponderá, en definitiva, al juez indagar el remedio idóneo para los efectos de salvar con éxito la dificultad, empresa que trasunta lisa y llanamente en permitir su libre ejercicio.

III. El abandono de la querella

A la luz de lo expuesto, uno de los derechos de las víctimas es el de presentar querella, entendido este acto jurídico procesal como una manifestación del ejercicio del derecho constitucional a la acción de parte del ofendido con el propósito de ser compensado frente a la prohibición y sanción, a la puesta en marcha de la autotutela como forma de solución de un conflicto[28].

[28] Maturana y Montero (2010), p. 318.

Pues bien, a pesar de que el *CPP* reguló diversas personas legitimadas para impetrar querella, desafortunadamente no ocurrió lo mismo al instante de consagrar las sanciones aplicables a quien ejercita dicho acto procesal, entre ellas la declaración de abandono de la querella.

En ese contexto, el abandono de la querella asoma como una sanción procesal regulada en el artículo 120 del *CPP*, que afecta a su titular por haber incurrido en situaciones legales bastante objetivas que demuestran negligencia, falta de interés o desidia de su parte. Del mismo modo, pareciera ser que la norma en análisis pretende hacer un guiño a la preclusión en clara alusión al afán de abogar por la celeridad del procedimiento. Asimismo, la aludida sanción trae aparejada un efecto reglado en el artículo 121 del *CPP*, cuyo tenor prescribe que su declaración impedirá al querellante ejercer los derechos que se le confieren en tal condición. Como se observa, se trata de un castigo extremo por cuanto en caso de preceder una resolución judicial que declare la sanción, automáticamente el querellante quedaría excluido de seguir interviniendo en el proceso. En otras palabras, el castigo procesal impide que quien se querella pueda seguir ejercitando los derechos que le son inherentes, generando, en consecuencia, una autentica extinción de un derecho vigente.

En ese orden de ideas y como cuestión preliminar, se dirá que en caso alguno se pretende instar por la derogación de los artículos que consagran la sanción de abandono de la querella y su correlativo efecto, como tampoco desconocer la importancia que detenta la preclusión para una pronta resolución del conflicto. Solo se intentará plantear un necesario matiz interpretativo en cuanto a su ámbito de aplicación con el objeto de armonizar y vigorizar las garantías procesales que el CPP reconoce a la víctima. Esto último, en atención a que se constata un criterio bastante consolidado en la praxis judicial en orden a aplicar los efectos del abandono de la querella a cualquier persona que figure como querellante, amplitud a la que no se adscribe puesto que aparece indispensable efectuar ciertas disquisiciones en beneficio del ofendido por el delito. Sin embargo, para una acaba inteligencia de la objeción que se viene levantando, perentorio resulta detenerse un momento en un problema jurídico que involucra a los artículos 120 y 121 en conexión con el principio rector previsto en el artículo 6, todos del *CPP*.

3.1. El abandono de la querella y el principio de protección de la víctima

Asentadas las directrices sobre las que descansa el principio de protección de los derechos de la víctima, es indispensable avocarse a la sanción procesal de abandono de la querella y su efecto correlativo.

El artículo 120 del *CPP* señala que el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, declarará abandonada la querella por quien la

hubiere interpuesto. Por de pronto, cabe resaltar que se trata de una disposición que rompe con el principio de pasividad en el ejercicio de la labor jurisdiccional en cuanto entrega facultades oficiosas al tribunal para imponer tal castigo procesal, lo que no obsta a que sea decretado a solicitud de algún interviniente. En segundo término, al tratarse de una sanción, su operatividad queda condicionada a la ocurrencia de alguna de sus hipótesis legales de procedencia, quedando vedado cualquier intento de aplicación extensiva.

Por su parte, el artículo 121 del *CPP* dispone que la declaración de abandono de la querella impedirá al querellante ejercitar los derechos que en tal calidad le otorgue la ley. Este efecto se traduce en que una vez dispuesta la sanción, quien haya promovido querella se verá impedido de hacer uso de las atribuciones o prerrogativas que el *CPP* confiere al querellante, tales como: solicitar prisión preventiva, pedir diligencias de prueba, adherirse a la acusación fiscal, pretender de forma autónoma e independiente mediante el ejercicio de la acusación particular, instar por la privatización de la acción penal pública por medio del forzamiento de la acusación, examinar y contraexaminar la prueba vertida en el juicio oral, elevar pretensiones punitivas concretas, entre otras. Como se advierte, se trata de un conjunto de derechos que legitiman al querellante para tener un papel activo en la secuencia procedimental, por la vía de concederle facultades de intervención más intensas y amplias. Sin embargo, la vigencia en el ejercicio de dichas prerrogativas está condicionada en un plano funcional al hecho futuro e incierto de la pervivencia de la querella de modo que, si esta se extingue, tal fenómeno provocará por vía consecuencial la extinción del cúmulo de derechos que asisten al querellante. De ahí que revista especial interés el instituto plasmado en el artículo 120 *CPP*, toda vez que se trata de un mecanismo de terminación anómalo de la querella con consecuencias jurídicas perniciosas para el ofendido del delito y su derecho de defensa.

En ese nivel de análisis la pregunta a responder estriba en determinar, ¿en qué pie queda la víctima que ha decidido querellarse (victima reforzada) que incurre en uno de los supuestos de hecho reglados en el artículo 120 del *CPP*? Tal interrogante tiene relevancia desde la óptica de la víctima, dado que, en principio, la ley no le reconoce un marco de actuación amplio dentro del proceso penal, sino que, más bien, reduce su incidencia procesal a ciertos y determinados actos jurídicos procesales. A consecuencia de ello si el ofendido mantiene la expectativa de intervenir activamente y que su voz sea escuchada en toda la extensión del proceso penal, la única vía para la consecución de ese fin decanta en la promoción de la respectiva querella.

No obstante ello, a la luz de la letra de los artículos 120 y 121 del *CPP*, se constata que el legislador empleó la voz 'querellante' sin hacer ningún tipo de distinción, lo que conduciría a pensar que la sanción aplica respecto de

cualquier persona que figure como querellante, incluyendo a la víctima. En función de lo dicho, se estima del todo pertinente insistir en la pregunta ¿en qué posición queda el ofendido frente a la declaración de abandono de la querella? Si bien la búsqueda la respuesta no es simple, parece claro que ella no se encontrará en el empleo de una hermenéutica exegética, toda vez que de emplearla se verán menoscabadas otras disposiciones insertas en el *CPP* cuya existencia no puede ser pasada por alto por cuanto estatuyen garantías procesales para la víctima. En ese sentido, se comparte lo afirmado por Eduardo Couture en torno a que toda interpretación supone relacionar el fragmento con la totalidad, ya que el sentido se extrae implantando la parte en el todo[29].

En ese entendido, la interrogante planteada supra debe enfrentarse reconociendo que dentro del *CPP* existen dos bloques normativos relevantes y atingentes en torno al punto crítico planteado. El primero, conformado tanto por el principio rector que pregona el deber de la judicatura de velar por la vigencia de los derechos de la víctima (artículo 6) como, también, por aquel derecho que le permite adquirir mayor notoriedad y poderes en la escena judicial, esto es el ejercicio de la querella (artículo 109 letra b)). En la otra vereda, se localiza el segundo bloque normativo el que, a primera vista, pareciera coartar la posibilidad de que la víctima adquiera protagonismo y aumente sus potestades procesales, representado en la disposición que insta por la declaración de abandono de la querella y su subsecuente efecto de impedir el ejercicio de todos los derechos que deriven de su promoción (artículos 120 y 121 del *CPP*).

Se trata de dos bloques normativos que, a pesar de coexistir dentro del *CPP*, atendido su aparente divorcio conceptual, no sería descabellado postular *prima face* una colisión de normas jurídicas insertas dentro de un mismo cuerpo normativo, caso en el cual la labor del intérprete trasuntaría en escudriñar la forma idónea de salvar el conflicto. Así, más de alguno podrá sostener que los artículos 120 y 121 del *CPP* son normas especiales que debiesen primar por sobre preceptos generales y, conforme a esa hermenéutica, otorgar preferencia a las disposiciones que impiden a la víctima posicionarse activamente en el procedimiento por medio de la querella, dando lugar a la declaración de abandono de la misma. Sumado a ello, todo indicaría que las normas en comento buscan enaltecer la preclusión de la facultad querellarse en el evento de verificarse alguno de sus supuestos, razón por la que estaría vedado al juez pasarlas por alto. Por su parte, otros plantearán que al estar frente a un interviniente (víctima) titular de garantías y derechos (al igual que el imputado), reconocidas tanto por nuestra ley interna como en instrumentos internacio-

[29] Couture (2010a), p. 38.

nales, quien, además, ha ido paulatinamente adquiriendo mayor injerencia y relevancia en el contexto procesal penal no correspondería dar prevalencia a la norma que restringe su posibilidad de acentuar su presencia en el proceso por sobre un principio básico que la fomenta, decantándose por desestimar la declaración de abandono de la querella. Sobre este punto, Eduardo Couture enseña que, en caso de existir una antinomia entre un principio y un texto, la tarea del intérprete debiese decantarse por el predominio del primero, ya que se erige como una revelación de una posición de carácter general, tomada a lo largo del conjunto constante de soluciones particulares[30].

En ese contexto, si bien existe mayor sintonía con la segunda posición, lo cierto es que ninguna de ellas emerge como una adecuada solución al dilema, por cuanto en uno u otro caso, ciertas normas quedarían expuestas a ser inaplicadas, circunstancia del todo indeseada para cualquier estatuto normativo. Por lo mismo, se postulará una alternativa que posibilite conciliar ambas corrientes, a través de una fórmula que tenga como base el realce a la primacía del principio básico previsto en el artículo 6 del *CPP*, pero que, a la vez, permita darle algún sentido, vigor y aplicabilidad a la declaración de abandono de la querella y su correlativo efecto.

Así, al cometido puede ser alcanzado si, por un lado, se abandona la idea de estar en presencia de una antinomia entre los dos bloques reseñados, por el otro, se allana el camino hacia la implementación de una interpretación judicial *pro homine* para la solución de un caso "no previsto" por el legislador (situación de la víctima-querellante enfrentada a alguna de las variables plasmadas en el artículo 120 del *CPP*).

3.2. Antinomia aparente e interpretación judicial pro persona

A pesar de que en el punto anterior se hizo mención a la posibilidad de estar en presencia de una colisión normativa entre el principio básico del artículo 6, en relación con los artículos 120 y 121, todos del *CPP*, lo cierto es que ello solo refleja una mera apariencia de conflicto. En efecto, si el problema es analizado desde una perspectiva *pro homine*, se encontrará una salida que concilie el mandato de velar por la vigencia de los derechos de la víctima impuesto a la judicatura sin necesidad de abrogar tanto la norma que establece la sanción de abandono de la querella como aquella que regula su consecuencia jurídica. No obstante, para la consecución exitosa de este derrotero será necesario contar con una jurisprudencia llana a flexibilizar ciertos criterios rígidos imperantes

[30] Couture (2010a), p. 36.

sobre la temática, principalmente por la vía de internalizar que el artículo 6 del *CPP* emerge como una directriz rectora que concede una verdadera garantía procesal para la víctima y, por lo mismo, merece un trato preferente por sobre cualquier otra disposición.

En ese escenario, para una cabal inteligencia acerca del problema, es necesario ofrecer ciertas nociones relativas a la aplicación de la regla hermenéutica pro persona. Como su nombre lo indica, esta regla pretende vigorizar aquella norma que insta por la pervivencia de una garantía por sobre aquella que busca privarla o restringirla en su ejercicio. Sobre el particular, Claudio Nash destaca que ella debe ser una guía en el sentido de que los derechos deben ser interpretados de la manera más amplia posible, para dar efectividad a su aplicación para el caso concreto y dotar a la norma de un efecto útil, para que logre garantizar el goce y ejercicio de los derechos de las personas. Agrega el autor que en el evento en que exista más de una interpretación posible de un texto, debiese preferirse aquella interpretación que de mejor manera respete y garantice el pleno goce y ejercicio de derechos. Finalmente, explica que las suspensiones y restricciones de derechos deben interpretarse de forma taxativa, remarcando que el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándolo en el sentido más favorable para el destinatario y respetando el principio de proporcionalidad en la afectación de derechos sustantivos y procesales[31].

En adición a lo recién expuesto, es necesario precisar que la técnica *pro homine* ha contado con positiva recepción tanto de parte de la doctrina como por la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema. Así, a propósito de una garantía de debido proceso como lo es el derecho al recurso, el máximo tribunal mediante sentencia de fecha 15 de marzo de 2018, sostuvo:

> "[...] Sin embargo, para despejar la interrogante debe tenerse presente el elemento sistemático de hermenéutica legal pro recurso, a la luz del cual, ante la incerteza, es necesario privilegiar aquella que permita una revisión adecuada de la decisión y, así, un análisis de la totalidad de los argumentos expuestos por la recurrente. En efecto, tal como ha señalado esta Corte con anterioridad, no resulta atendible que en consideración a fundamentos meramente formales y a interpretaciones excesivamente rigurosas, se pongan en entredicho garantías de la entidad de la que ocupa este análisis, esto es, el derecho al recurso, en el marco de un debido proceso"[32].

[31] Nash y Núñez (2015), p. 44.

[32] Corte Suprema (2016), rol n.° 83.347-2016. En idéntica dirección, Corte Suprema (2017), roles n.° 44.640-2017; 33.261-2019, 2.638-2020.

En similares términos, por sentencia de fecha 3 de diciembre de 2019, el mismo tribunal consignó:

> "en una materia como la tratada se hace necesario advertir que el derecho al recurso emana directamente del concepto de debido proceso y en su manifestación más particular como derecho de acceso a la justicia, pues aquel no se agota en el mero otorgamiento de un sistema de revisión, sino también en la comprensión que las reglas de inadmisión no sean contrarias a su contenido esencial, debiendo darse a estas un sentido favorable a la efectividad del derecho, evitándose su pérdida por exigencias formales innecesarias. Tal entendimiento normativo busca dar un contenido amplio a la noción de justo y racional procedimiento contenida en el artículo 19 n.º 3 de la Constitución Política, lo que determina, como se ha dicho, que '…los jueces y tribunales deben interpretar las normas que regulan la tramitación de los recursos en el sentido más favorable que permita el acceso a las partes a una segunda instancia, evitando introducir o hacer interpretaciones restrictivas de las disposiciones legales que impidan el acceso a los medios de defensa legal, dejándolos con ello en la indefensión'. (Revista Chilena de Derecho Privado, Nº 29, pp. 363-370 [diciembre 2017] Derecho Procesal Civil Maite Aguirrezabal Grünstein Profesora investigadora Universidad de los Andes)"[33].

En ese contexto, desde hace unos años, se ha ido consolidando un parecer jurisprudencial *pro homine* –por lo demás, bastante transversal en las distintas salas que conforman el máximo tribunal– que observa el conflicto entre la forma (preclusión) con el fondo (garantías procesales) desde un prisma distinto de lo que ha sido su postura tradicional. Es así como por la vía de enaltecer el principio de acceso a una tutela judicial efectiva y la macro garantía del debido proceso, la Excma. Corte Suprema ha establecido un precedente enfocado preferentemente en la promoción y fomento del ejercicio de las garantías procesales por sobre interpretaciones rígidas que entraban ese fin. Esta tendencia a la prevalencia de la elasticidad en la interpretación judicial de las formas procesales ha llevado a algunos autores a cuestionar, con buenos argumentos, si la preclusión se convierte, en ciertos casos, en una piedra de tope para el debido proceso[34].

A su vez, parte de la doctrina nacional más calificada se ha mostrado propensa en recepcionar la técnica pro persona como contrapeso a las posturas jurisprudenciales exegéticas que abogan por la privación o restricción de ga-

[33] Corte Suprema (2019), rol n.° 19.079-2019.

[34] Para un mejor análisis del punto, véase Monteleone (2007), p. 321 y ss.

rantías. En este sentido, Alejandro Romero, al abordar los límites al ejercicio del derecho a accionar, explica:

> "se podría decir que en relación al ejercicio de este derecho existe como pauta rectora el principio '*pro actione*' en virtud del cual los órganos judiciales deben interpretar los diferentes requisitos y presupuestos procesales de un modo más favorable con el derecho constitucional a obtener la protección judicial de los derechos, debiendo rechazarse in *limine litis* las tesis rígidas o formalistas que puedan privar a las personas de obtener una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos"[35].

A su turno, en la dogmática española destaca Jaime Guasp y Pedro Aragoneses quienes se cuestionan la necesidad de exigir con rigor el cumplimiento de requisitos formales o si, por el contrario, el órgano jurisdiccional debe examinar con flexibilidad el cumplimiento de los mismos. De esta forma, los autores hacen el parangón entre la seguridad jurídica, propia de la regularidad del proceso, en contraposición a la facilitación de la aplicación del principio de la tutela judicial efectiva, inclinándose por el derrotero orientado a hacer más dócil la interpretación de las exigencias formales, sin que ello implique desatender el principio de proporcionalidad en la infracción cometida[36]. Por su parte, Eberhard Schmidt sostiene que los derechos fundamentales constituyen el eje del resurgimiento del derecho procesal penal –frente a las corrientes absolutistas e inquisitivas que lo gobernaron por varias décadas– por lo que deben considerarse de forma permanente en la aplicación e interpretación de los principios constitucionales, en tanto dan relieve y eficacia a los preceptos procesales[37]. En la misma secuencia, Osvaldo Gozaíni expresa que el debido proceso no pretende que las formas se conviertan en rituales que constituyan una finalidad en sí mismos. Las solemnidades están al servicio de los derechos sustanciales y se han de adaptar con flexibilidades razonables al espíritu de usar el proceso para lograr justicia al caso concreto[38].

Pues bien, luego de ofrecer un pequeño boceto en torno al propósito que persigue el uso de una herramienta interpretativa *pro homine*, corresponde, a continuación, justificar la razón por la que se concluye que la antinomia entre el artículo 6 y los artículos 120 y 121, todos del *CPP*, es más bien aparente. Por de pronto, se dirá que solo a partir de una correcta asimilación de la primacía del principio rector de protección de los derechos de la víctima no

[35] Romero (2017), p. 69.
[36] Guasp y Aragoneses (2005), p. 476.
[37] Schmidt (2018), p. 136.
[38] Gozaini (2004), p. 314.

solo se evitaría incurrir en un conflicto de normas, sino que, también, se resolvería de un modo sistémico el problema del "caso no previsto" por el legislador denunciado en este apartado. En esa línea, Eduardo Couture explica que el caso no previsto en la ley procesal, debe resolverse en función de los principios inherentes a todo el sistema[39], motivo por el que, siendo el artículo 6 del *CPP* un auténtico principio que inspira el trazado del enjuiciamiento penal, perentorio resulta graduarlo en esa dimensión, esto es, como el eje central en el que descansa la acertada solución al problema. A la inversa, pretender subordinar el aludido principio básico a las normas ordinarias que regulan la sanción de abandono de la querella y sus efectos, llevaría indefectiblemente a configurar la mentada antinomia, con la agravante de que esta dejará relegada a un segundo orden una directriz básica de cautela de garantías consagrada en beneficio de un interviniente titular del debido proceso.

Conforme a ese razonamiento, en cumplimiento del mandato plasmado en el artículo 6 del *CPP*, la judicatura debiese ser cuidadosa y celosa al instante de acatar sus lineamientos (tal cual lo es para salvaguardar los derechos del imputado), de modo tal que, al tratarse de un principio básico que tutela, la vigencia de los derechos de la víctima, sería inconcebible observar un proceder estático, indiferente o reactivo de la judicatura frente a una vulneración o restricción de los derechos del ofendido.

En función de ello, la fórmula que se propone para mantener en un pedestal preferente el principio de protección, sin que ello traiga aparejado el desuso de la sanción de abandono de la querella, se concretiza a partir de una necesaria diferenciación de la víctima-querellante (víctima reforzada) del tercero que ingresa al proceso a través de la promoción de la querella. Es una distinción que desafortunadamente no se cristalizó en el *CPP*, la que, sin dudas, hubiese contribuido en dar estabilidad y coherencia interna al citado estatuto jurídico, permitiendo, además, salvar el problema en estudio.

De esta manera, solo bajo la brújula de una directriz pro persona, sería viable efectuar la referida distinción, factor que permitiría la subsistencia de la declaración de abandono de la querella y su efecto correlativo, pero reducida al tercero que obre como querellante. Paralelamente, la víctima-querellante quedaría indemne de la mentada sanción dando con ello cumplimiento al mandato tutelar impuesto en el artículo 6 del *CPP*.

Como corolario a lo dicho, cada vez que un querellante incurra en un supuesto de hecho constitutivo de abandono, la judicatura debiese en primer lugar verificar si quien impetró la querella fue el ofendido o, bien, un tercero y solo en caso que sea este último aplicar la aludida sanción y el efecto previs-

[39] Couture (2010a), p. 38.

to en el artículo 121 del *CPP*. Lo anterior, en atención a que el tercero se encuentra desprovisto de la garantía de protección que detenta la víctima, por lo que la declaración de abandono de la querella no colisiona con principio básico alguno y, por lo tanto, le sería oponible.

Ahora bien, despejado el punto anterior, correspondería preguntarse en un segundo eslabón, ¿qué medida debiese aplicarse a la víctima-querellante cuando incurre en uno de los supuestos previstos en el artículo 120 del *CPP*? La respuesta a dicha interrogante será abordada en el apartado que prosigue.

3.3. Querellante-víctima que incurre en uno de los supuestos del artículo 120 del CPP

A pesar de aceptar la complejidad que implica abordar tal situación, es aconsejable –antes de aplicar *in limine* la sanción que la disposición prevé– proceder a un análisis sesudo, enfocado en discernir su trasfondo y eventuales consecuencias. Solo así, se podrá identificar al responsable del acto negligente y destinatario del castigo procesal y, con el mérito de ello, efectuar una correcta asignación de responsabilidad.

Desde esa perspectiva, es dable mencionar que las tres hipótesis que describe el artículo 120 del *CPP*, cuentan con un patrón conductual común que podría sintetizarse en la constatación de una conducta negligente o desidiosa de parte de quien tiene bajo su responsabilidad la conducción de la querella. En otras palabras, la norma en comento pone de relieve situaciones críticas vinculadas a un torcido manejo del deber de lealtad que el abogado tiene para con su cliente, obligación que, vale la pena consignar, se propaga por toda la extensión del procedimiento[40]. Como es sabido, la víctima (querellante) no actúa personalmente en el proceso, sino que lo hace representada por un letrado quien, para todos los efectos, es la cara visible de la primera. Se trata de una situación parecida a la del imputado sujeto a cautelares de baja intensidad, con la salvedad que la presencia de este se erige como un presupuesto de validez para el desarrollo de ciertas audiencias. No obstante, a pesar de esta afinidad que se aprecia entre la víctima y el imputado, resulta curioso que frente a un acto u omisión negligente proveniente del letrado que los representa –generando indefensión en el ejercicio de sus derechos– provoque una reacción judicial tan disímil. A modo ejemplar, si el abogado defensor del imputado se ausenta injustificadamente a la audiencia de juicio oral, la consecuencia que traerá aparejada será la declaración de abandono de la defensa

[40] Sobre este punto Eduardo Couture enseña que la lealtad del defensor con su cliente se hace presente en todos los instantes y no tiene más límite que aquel que depara la convicción de haberse equivocado al aceptar. Couture (2010b), p. 20.

y subsecuente subrogación personal del primitivo defensor por uno público que se designe al efecto. De esta manera, la aplicación del referido castigo se radicará en el abogado negligente quien, por un acto irresponsable, puso en riesgo una garantía de dominio del imputado como es el derecho de defensa el que, para todos los efectos, se mantendrá indemne. Paradójicamente, si la misma situación se predica con la víctima reforzada, la sanción será la declaración de abandono de la querella, con la consecuente privación al ofendido de todos los derechos derivados de tal calidad, entre ellos, la de figurar como querellante y elevar pretensiones punitivas en juicio, afectando la garantía de inviolabilidad de su derecho de defensa[41]. Sin embargo, contra de todo pronóstico, bajo esta variable, los efectos del castigo procesal apuntan a la víctima, quedando indemne de sanción el letrado que incurrió en la conducta negligente.

Desde esa perspectiva, sin desconocer de modo alguno que el imputado es el motor del engranaje funcional del debido proceso en la órbita penal, el ofendido con el delito igualmente se inserta dentro del manto protector de la aludida macro garantía. En efecto, es de absoluta justicia reivindicar a la víctima como otro sujeto procesal titular del debido proceso –a pesar de convenir que bajo una resonancia menor que el imputado– lo que habilita a dar protección a sus derechos. No por nada, este tema se refleja en que el C*PP* le consagró, no solo un catálogo explícito de derechos (a diferencia de otros intervinientes), sino que, también, se preocupó de proveerla de un principio básico de protección de sus derechos *extra* y *endo* procesal.

En esa lógica, a la luz de la titularidad que ostenta el afectado en el entramado del debido proceso, resulta desproporcionada la diferencia tan marcada con el imputado respecto de los efectos que implica la declaración de abandono de la defensa y de la querella respectivamente, razón por la que debiese matizarse. Con ello no se intenta bajar el estándar de protección de que dispone el acusado en la actualidad, sino que acercar a la víctima a dicho estándar, objetivo que podría cumplirse, entre otros aspectos, logrando que la declaración de abandono de la querella no extinga la posibilidad de que aquella siga actuando como querellante. Lo anterior, si se toma, además, en consideración que la situación que provocó tal sanción encuentra su origen en un acto no controlable y ajeno a las posibilidades de prevención de la víctima, de manera tal que sería lógico y esperable que la responsabilidad y consecuencias procesales recayeren solo en su abogado.

[41] Sobre este punto, Hugo Alsina señala que el derecho de defensa es inherente al hombre y la Constitución lo consagra declarando que es inviolable la defensa en juicio de las personas y de los derechos. Para el autor, se trata de uno de los principios más fecundos en materia procesal. Alsina (1963), pp. 253-254.

Así las cosas, el artículo 6 del *CPP* constituye una verdadera cautela de garantías para la víctima, en el evento de que su abogado incurra en alguno de los eventos previstos en el artículo 120 del *CPP*, resulta contradictorio poner en marcha la sanción de abandono de la querella, toda vez que ello implicaría desconocer el derecho de defensa de los intereses del afectado. Por el contrario, se debe instar por la búsqueda de una fórmula idónea de restablecer al ofendido en el ejercicio de sus derechos a través de algún mecanismo eficiente, decretado a instancias del tribunal bajo cuya competencia se generó el incidente que amenaza su vigencia. Para la consecución de tal finalidad, no resulta conveniente cerrar filas en torno a una única solución, sino que, más bien, abrir el espectro de posibles salidas, principiando por aquilatar que las causales previstas en el artículo 120 del *CPP* pueden concurrir tanto ante el juez de garantía como frente al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

IV. Posibles soluciones

Para finalizar, se propondrán algunas ideas susceptibles de constituirse en un insumo jurídico para el juez al momento de resolver el destino de la querella promovida por la víctima, cuando se incurre en alguna de las variables reguladas en el artículo 120 del *CPP*.

Así, al estar en presencia de un abogado que negligentemente no se adhirió a la acusación ni presentó acusación particular o, bien, que, haciéndolo, no asiste injustificadamente a la audiencia de preparación de juicio oral, previo a decretar el abandono de la querella, el juez de garantía debiese interpretar que tras dichas conductas se configura un acto de desistimiento tácito de la querella. Se pone el acento en la variable de terminación anómala por cuanto a partir del establecimiento de las conductas descritas en el artículo 120 del *CPP* la ley deduce un propósito abdicativo respecto de quien tiene a cargo la conducción jurídica de la querella.

En clara afinidad con esta idea, es necesario manifestar que la figura del desistimiento tácito no es en absoluto extraña para la Corte Suprema, ya que el máximo tribunal, en múltiples resoluciones, ha constatado y declarado su procedencia a causa de la ejecución de un acto o conducta contraria a la intención de ejercitar una facultad o persistir en un derecho[42].

En la esfera comparada, el reconocimiento del desistimiento tácito en el ámbito penal se ve reflejado, directa o indirectamente, en distintos cuerpos normativos[43] como también en la literatura más influyente. Así, Jaime Guasp y

[42] En ese sentido, Corte Suprema, roles 5786-2010; 2346-2012; 14.737-2020; 252-2020.

[43] A modo ejemplar artículo 346 del *Código Procesal Penal* Modelo para Iberoamérica; artículo 454 del *Código Procesal Penal de la Nación Argentina*.

Pedro Aragoneses refieren –a propósito de la antigua LEC española– que la falta de personación del apelante producía el efecto de declarar desierto el recurso quedando firme de derecho la resolución apelada, añadiendo, a continuación, que:

> "la razón de este desistimiento tácito se debía, sin duda, a que la apelación carecía de objeto ya que la impugnación de la resolución recurrida se producía ante el Juez o Tribunal *ad quem*"[44].

A pesar de que el ejemplo que proponen los aludidos catedráticos pone el acento en la órbita recursiva, la médula del asunto estriba en encasillar la incomparecencia del interesado a una actuación judicial relevante como una variable de desistimiento tácito.

Ahora bien, en el plano circunscrito a la querella existen claros ejemplos en el espectro comparado que avalan la directriz que se viene postulando. Así, el ejemplo costarricense es decidor, ya que su C*ódigo Procesal Penal* incluye un artículo para abordar el instituto en estudio. En efecto, el artículo 79 del citado texto, bajo el epígrafe "desistimiento tácito" reza:

> "se considerará desistida la querella cuando el querellante, sin justa causa, no concurra: a) A prestar declaración testimonial o a realizar cualquier medio de prueba para cuya práctica sea necesaria su presencia, luego de ser citado, b) A la audiencia preliminar y c) a la primera audiencia de debate, se aleje de la audiencia o no se presente conclusiones".

En la misma tónica, el C*ódigo Procesal* de Perú estatuye:

> "el querellante particular podrá desistirse expresamente de la querella en cualquier estado del procedimiento, sin perjuicio del pago de costas. Se considerará tácito el desistimiento cuando el querellante particular no concurra sin justa causa a las audiencias correspondientes, a prestar su declaración o cuando no presente sus conclusiones al final de la audiencia"[45].

Otro tanto sucede con el C*ódigo Procesal Penal* de Argentina (2019), ya que al abordar el desistimiento del querellante señala, en lo pertinente:

> "se considerará que ha renunciado a su intervención en los siguientes casos: a. Si no concurriere a prestar declaración testimonial o a realizar cualquier medida de prueba para cuya producción sea necesaria su presencia; b. Si no formulare acusación en la oportunidad procesal

[44] Guasp y Aragoneses (2005), pp. 476-477.
[45] Artículo 110.

> legalmente prevista; c. Si no concurriere a la audiencia de debate o no presentare conclusiones"[46].

En ese escenario, se verifican regulaciones que contemplan el instituto del desistimiento tácito, en el caso peruano y costarricense de un modo directo y en el ejemplo argentino por vía indirecta, al suponer renunciado el derecho a ejercitar la querella en los eventos que la norma describe.

A su vez, la legislación chilena, reconoce esta forma anómala de poner término a la querella en el artículo 118 del *CPP*. Así, el citado precepto prescribe que en cualquier momento del procedimiento el querellante podrá desistirse de su querella. Sin embargo, se trata de una prerrogativa entregada al titular de la querella, esto es, a quien la ley lo instituyó titular de ese derecho. A causa de lo anterior, si la víctima la promueve, será ella la que, en definitiva, determine soberanamente si desea desistirse o no, salvo que en la querella u otro acto posterior haya conferido al mandatario judicial facultades especiales para dicho fin. En este último caso, el letrado estará legitimado al igual que la víctima para instar por la aludida forma anómala de terminación. A la inversa, si el mandatario judicial no cuenta con facultades especiales para desistirse las consecuencias jurídicas derivadas de un desistimiento fuera de regla no podrían ser oponibles a su mandante[47].

En afinidad con lo expresado, previo a aplicar la sanción de abandono de la querella de la víctima –acudiendo a una regla *pro homine*– sería obligatorio para el juez verificar si el abogado que incurrió en alguna de las variables previstas en las letras a) y b) contaba con poder especial para desistirse de la misma, ya que, en caso negativo el juez debiese constatar un acto irregular del letrado el que, además, pone en riesgo la vigencia de uno de los principales derechos de la víctima: el derecho a querellarse. De ahí que no solo estará proscrito para el juez decretar la sanción prevista en el artículo 120 *CPP*, sino que, a su vez, deberá comunicar al ofendido la situación acaecida –en clave de cautela de garantías– con el eventual propósito de proceder a la revocación del poder conferido al letrado.

Desde esa perspectiva, impuesta la víctima de tal circunstancia, esta podrá incidentar de entorpecimiento al tenor de lo dispuesto en el artículo 17

[46] Artículo 86.

[47] Sobre el particular, perentorio resulta señalar que el artículo 52 del *CPP* es una norma de reenvío que habilita la aplicación de las normas comunes a todo procedimiento previstas en el libro I del *Código de Procedimiento Civil*, entramado normativo en el que se inserta el artículo 7 que regula las facultades del mandatario judicial. Bajo ese enfoque, como el *CPP* no reguló este tópico y además la remisión en este punto al *Código de Procedimiento Civil* no pone en riesgo lo estatuido en aquel cuerpo normativo, es posible acudir al mentado artículo 7 para los efectos de concluir que al igual que el desistimiento de la demanda en primera instancia, para desistirse de la querella se requiere disponer de poder especial.

del *CPP* (precisamente por cuanto su situación de indefensión no le resultaba imputable) y con el mérito de ello requerir la concesión de un nuevo plazo, sea para adherirse a la acusación o acusar particularmente, sea para comparecer a la audiencia de preparación de juicio oral. Todo lo anterior es sin perjuicio de alguna otra salida idónea que estime en derecho aplicar el Juzgado de Garantía, ya que tal como la ley le otorgó amplias facultades para discernir una eficaz solución a la inasistencia del fiscal de la causa a la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 269 del *CPP*), no se percibe el inconveniente que la misma regla sea aplicada para los supuestos que regula el artículo 120 del *CPP*.

Por su parte, en la vereda contraria, la salida planteada supra no tendría eficacia en caso que el abogado responsable de la querella disponga de poder especial para desistirse, toda vez que en dicho evento los efectos de la forma anómala de terminación se traspasarán válidamente a su mandante.

En lo que compete a la hipótesis prevista en la letra c) del artículo 120 del *CPP*, es dable mencionar que ella contempla dos situaciones distintas, esto es, la inasistencia del querellante (abogado) al juicio oral y, por otro lado, el ausentarse (abogado) de la audiencia sin autorización judicial. En cuanto a la primera premisa, resulta perfectamente predicable lo expresado con ocasión de la letra b) del aludido precepto, de modo tal que los integrantes del tribunal debiesen arbitrar las medidas tutelares pertinentes para los efectos de evitar dejar en indefensión a la víctima-querellante, asegurando la vigencia de la querella al alero del principio protector previsto en el artículo 6 del *CPP*. Es más, el asunto se torna más perjudicial para la víctima (querellante) si es que decidió acusar particularmente o, bien, impetrar demanda civil, por lo que tales derechos merecen ser amparados frente a una actuación irresponsable incurrida por su abogado de confianza.

En función de ello, en caso de darse una situación de desistimiento tácito fuera de regla de parte del letrado a cargo de la querella, una posibilidad sería imponer rápidamente a la víctima de tal circunstancia y, en el intertanto, por aplicación del artículo 17 del *CPP*, posponer el inicio del juicio oral por un breve espacio de tiempo a la espera que esta otorgue un nuevo mandato judicial y, con ello, esté en condiciones de ejercitar adecuadamente sus derechos. De cualquier forma, la solución propuesta no es óbice para que el tribunal de turno adopte otra vía para remediar la situación siempre y cuando la decisión que se tome asegure la vigencia del derecho a querellarse.

En lo que concierne a la segunda variable regulada en la letra c) del artículo 120 del *CPP*, habría que indicar que en el evento que el abogado de la querellante se ausentare de un juicio oral en desarrollo, sin contar con la venia del tribunal, se generaría una nueva variable de desistimiento tácito, razón por la que los jueces deberán examinar si el abogado contaba con poder

expreso para dicho fin y, en caso de estar desprovisto del mismo, impetrar las medidas de resguardo de los derechos de la víctima. En el cumplimiento de esa empresa, una posible salida vendría dada por aplicar la regla de suspensión prevista en el artículo 283 del *CPP*, toda vez que se trata de un asunto de absoluta necesidad –en tanto deja en la indefensión a la víctima que actúa como querellante– además de asomar imprescindible para los efectos de imponerla de lo sucedido (deber de información) y concederle la oportunidad de que sus intereses sean representados con apego a la ley.

En ese sentido, cualquiera sea la variable de abandono que se atienda, es posible que se verifique una situación de indefensión para la víctima cuando es su querella la que está siendo objeto de la sanción. Sobre este punto, siguiendo a Gregorio Serrano –al enumerar los elementos configurativos de la indefensión[48]– con la declaración de abandono de la querella perteneciente a la víctima, indiscutidamente se verá mitigado el potencial que detenta el artículo 6 del *CPP* y con ello la garantía a la vigencia de sus derechos, entre ellos el de querellarse; luego, ello redundará en una manifiesta afectación a un medio idóneo para reforzar la defensa de sus intereses como es la querella; seguidamente, esa sanción encuentra su origen en un evento no imputable al ofendido (salvo en caso de actuar el abogado con poder expreso para desistirse) y, por último, esa declaración tendrá incidencia sustancial en el proceso dado que mediante ella el afectado se verá impedido de elevar pretensiones punitivas. Es más, si se considera el requisito adicional de definitividad que elabora Ignacio Diez-Picazo[49], no existiría duda alguna que la sanción prevista en el artículo 120 del *CPP* posicionaría a la víctima en un estado de indefensión.

Para culminar es dable decir que frente a todas las variables consagradas en el artículo 120 del *CPP*, la víctima siempre tendrá el derecho (una vez entrada en conocimiento de su ocurrencia) de ratificar los efectos de un desistimiento, en principio ineficaz, principalmente atendida la calidad de titular del derecho puesto en riesgo o bajo peligro de extinción. En síntesis, se intenta remarcar que en virtud del principio de protección previsto en el artículo 6 del *CPP*, el ofendido debiese contar, cuando menos, con una oportunidad cierta de decidir en torno a la vigencia o extinción del derecho a querellarse, toda vez que ello repercutirá en su garantía de defensa. Sumado a ello, la afirmación cobra mayor realce si se tiene presente que la situación que puso en riesgo la pervivencia de su derecho provino de un acto reprochable a su abogado de con-

[48] Para el autor, los elementos que integran el concepto de indefensión conforme a los precedentes emanados del Tribunal Constitucional español, son: 1) la infracción de una norma o garantía procesal; 2) la privación o limitación de los medios de defensa; 3) la no imputabilidad al justiciable y 4) la influencia en el fallo. Serrano (1997), p. 173.

[49] Diez-Picazo (con Borrajo y Fernández) (1995), p. 100.

fianza y muy probablemente ejecutado fuera de regla en cuanto a sus potestades de actuación.

Bibliografía

Alsina, Hugo (1963): *Derecho procesal. Parte general*. Tomo I (Ediar S.A. Editores).

Binder, Alberto (2013): *Introducción al derecho procesal penal* (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc).

Couture, Eduardo (2010a): *Estudios de derecho procesal civil. El juez, las partes y el proceso*. Volumen II (Buenos Aires: Editorial Puntolex).

Couture, Eduardo (2010b): *Los mandamientos del abogado. El arte y otras meditaciones* (Buenos Aires: Editorial Puntolex).

Diez-Picazo, Ignacio (con Borrajo, Ignacio y Fernández, Germán) (1995): *El derecho a una tutela judicial efectiva y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional* (Editorial Civitas).

García, Francisco (2014): *La víctima en las constituciones* (Editorial Tirant lo Blanch).

Gozaini, Osvaldo (2004): *Derecho procesal constitucional. El debido proceso* (Rubinzal Culzoni Editores).

Guasp, Jaime y Aragoneses, Pedro (2005): *Derecho procesal civil*. Tomo II (Pamplona: Editorial Thomson Civitas, tercera edición).

López, Julián y Horvitz, María Inés (2003): *Derecho procesal penal chileno*. Tomo I (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Maier, Julio (1992): *La víctima y el Sistema Penal en de los Delitos y de las Víctimas* (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc).

Maturana, Cristian y Montero, Raúl (2010): *Derecho procesal penal*. Tomo I (Editorial Abeledo Perrot).

Monteleone, Girolamo (2007): "Preclusiones y debido proceso. Dos conceptos incompatibles", en De la Oliva Santos, Andrés; Palomo Vélez, Diego (coords.) *Proceso civil. Hacia una justicia civil* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, colección Estudios Jurídicos).

Nash, Claudio y Núñez, Constanza (2015): *Estudios y Capacitación: Derechos humanos y juicio penal en Chile*, n.° 19 (Santiago: Centro de Documentación Defensoría Penal Pública).

Nieva, Jordi (2017): *Derecho procesal III. Procesal penal* (Barcelona: Editorial Marcial Pons).

Romero, Alejandro (2017): *Curso de derecho procesal civil*. Tomo I (Editorial Thomson Reuters).

Roxin, Claus (2003): *Derecho procesal penal* (Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l.).

Schmidt, Eberhard (2018): *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal* (Ediciones Olejnik).

Serrano, Gregorio (1997): *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso* (Editorial Comares).

Leyes

Código Procesal Penal chileno.

Código Procesal Penal Federal argentino.

Código de Procedimiento Penal.

Código Procesal Penal peruano.

Código Nacional de Procedimientos Penales mexicano.

*Código Procesal Pena*l costarricense.

Constitución Política de la República.

Otros

Acosta y otros vs. Nicaragua (2017).

Caso Guerrero Molina y otros vs. Venezuela. Sentencia de fecha 3 de junio de 2021, motivo 146, p. 42.

Caso profesores de Chañaral y otras municipalidades vs, Chile. Sentencia de fecha 10 de noviembre de 2021, motivo 142, p. 52.

Ley 4/2015 sobre el Estatuto de la Víctima del Delito, 28 de abril de 2015.

Jurisprudencia

Corte Suprema: rol n.º 5786-2010.

Corte Suprema: rol n.º 2346-2012.

Corte Suprema: rol n.° 83.347-2016.

Corte Suprema: rol n.° 44.640-2017.

Corte Suprema: rol n.º 19.079-2019.

Corte Suprema: rol n.º 33.261-2019.

Corte Suprema: rol n.º 252-2020.

Corte Suprema: rol n.º 2.638-2020.

Corte Suprema: rol n.º 14.737-2020.

REPENSANDO EL REPUBLICANISMO Y EL NACIONALISMO COMO PARADIGMAS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO: EL CASO DE CHILE

RETHINKING REPUBLICANISM AND NACIONALISM AS PARADIGMS OF THE DEMOCRATIC STATE: THE CASE OF CHILE

María Alejandra Rivera Carrasco[*]
Eduardo Rivera Carrasco[**]

RESUMEN: En este artículo se pretende demostrar la importancia que tiene para la filosofía político-jurídica contemporánea y para Chile en particular, el análisis de dos modelos de pensamiento conceptualmente diferentes, pero con una íntima vinculación entre sí. Por un lado, el republicanismo, cuyo resurgimiento motiva la presente reflexión sobre la factibilidad de identificarlo como la mejor solución ante los desafíos que demanda la sociedad actual y, por otro, el nacionalismo, que ha demostrado su capacidad de permanencia a lo largo del tiempo, inmerso en diversas corrientes ideológicas y asociado a conceptos tan cercanos como los de patria y nación.

PALABRAS CLAVES: republicanismo, libertad, virtud cívica, nacionalismo, patria.

[*] Abogada. Máster en Tutela de Derechos Fundamentales, Universidad de Jaén, España. Máster en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea, Universidad Carlos III, Madrid, España. Profesora de Introducción al Derecho, Universidad del Desarrollo. Correo electrónico: maria-alejandra rivera@gmail.com

[**] Abogado. Máster en Derecho Público y Administración, Universidad de Jaén, España. Máster en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea, Universidad Carlos III, Madrid, España. Profesor de Derecho Romano y Derecho Civil, Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: riveraeduardo@gmail.com

Abstract: This article aims to demonstrate the importance it has for political and juridical contemporary philosophy and for Chile particularly, presents the analysis of two thought models which are conceptually different, but closely linked to each other. On one hand, republicanism, whose resurgence motivates the present reflection on the feasibility of identifying it as the best solution to the challenges demanded by today´s society and, on the other hand, nationalism, which has demonstrated its ability to last over time, immersed in various ideological currents and associated with concepts as close as homeland and nation.

Keywords: Republicanism, Liberty, Civic virtue, Nationalism, Homeland.

Introducción

La complejidad que experimentan las sociedades contemporáneas evidencia una realidad infranqueable, imposible de marginar del actual debate filosófico y jurídico, único que permitirá realizar un auténtico diagnóstico del panorama de gran parte de los estados de derecho del continente y en forma especial, al Estado de Chile. Todo planteamiento que pretenda construirse con prescindencia del contexto social corre peligro de quedarse en simple teoría o erigirse en una utopía, recordando en esto a Salvador Giner:

> "Pero escasean los análisis que se las hayan frontal y sustancialmente con el mundo tal y como lo conocemos. El frecuente analfabetismo sociológico de la filosofía política y de la ética republicanas debe cesar"[1].

De esta forma, se desarrollará el ideario del republicanismo, al que muchos plantean como un camino intermedio entre el liberalismo y el comunitarismo, y cuyos postulados más trascendentes e ilustres son factibles de replicar y de observar en las democracias actuales.

Desde esa perspectiva, exponer los aspectos conceptuales de dicho modelo, para, luego, analizar su correlato con la realidad. Así las cosas, forzoso resulta referirse, en primer término, al concepto de 'libertad'. Ello, permitirá apreciar los diferentes enfoques, propios de liberales y republicanos, y enriquecer la clásica distinción entre libertad negativa y positiva que hiciera famosa Isaiah Berlin[2], esto es, entre libertad como no intervención y libertad como auto-

[1] Giner (2019), p. 5.

[2] Para una mayor profundización sobre la distinción que propone el autor, véase Berlin (1958), pp. 1-10.

control; fruto de la incorporación de una tercera posibilidad: La libertad como no-dominación.

En buenas cuentas, es el sentido republicano de libertad el que se someterá a análisis para lograr conjuntamente, evidenciar su vinculación con el papel del Estado y del sistema jurídico. Aspecto este último, que permitirá conectar la libertad con otra noción clave para la corriente en estudio, la de virtud cívica. Esta, se ha ido transformando en una verdadera fórmula recursiva en la literatura, sin un contenido preciso, por lo que reclama mayor atención y rigurosidad a la hora de plantearse como ideal republicano. Su examen obligará, en paralelo, a considerar su vínculo con el patriotismo –cuyo concepto también se abordará– así como con el concepto de patria –sobre el que se regresará en varias oportunidades a lo largo del presente texto–. En este contexto, la ética privada –entendida como el conjunto de valores individuales en torno a los cuales cada persona configura sus propios planes de vida[3]– se abordará por su ineludible relación con el ideal de virtuosismo referido, explicando cómo el incentivo por este último no implica conculcar aquella, ni tampoco oprimir o coaccionar en forma alguna al individuo. En armonía con dicha idea, se podrá comprender la importancia fundamental que el republicanismo asigna al derecho a la educación, en cuanto a su efectiva garantía por parte del derecho positivo vigente.

Como parece razonable suponer, a partir de lo ya adelantado, la patria no constituye un elemento de interés solo para el republicanismo, sino, también, para el nacionalismo, de ahí surge la necesidad de conectar ambas corrientes filosóficas, cuestión no percibida por lo común en el terreno de la filosofía con la suficiente claridad como para delinear sus contornos conceptuales de manera acabada, para evitar incurrir en confusiones indebidas entre patria y nación, vocablos fundamentales para comprender la configuración y evolución sociopolítica de una sociedad.

En tal sentido, como se estudiará, no existe un único tipo de nacionalismo, sino que, más bien, cada nación impulsa una particular concepción de este, lo que no será óbice para identificar algunas de las corrientes nacionalistas principales, a saber: conservadoras, liberales y de izquierdas. De ellas, es menester analizar solo aquellas con mayor aplicabilidad en las actuales naciones mundiales, y la razón de ello obedece a que el mundo, poco a poco, ha ido abandonando los nacionalismos conservadores radicales, que distinguen entre amigos y enemigos, y justifican el ejercicio de la violencia en contra de los segundos, así como también ha ido superando los nacionalismos de izquierda marxistas que propugnan la reivindicación de la nación secuestrada por unos

[3] Para una clara comprensión sobre la diferencia conceptual entre ética pública y ética privada, véase Peces-Barba (1997).

pocos, para devolverla a los trabajadores desplazados del ejercicio de sus derechos en la nación.

En esta línea, se desplegarán las ideas concernientes a los nacionalismos conservadores moderados, a los liberales en sus vertientes jacobinas por una parte y plurinacionales por otra, así como a los de izquierda social-demócrata; no solo por ser las corrientes imperantes en el mundo actual, sino porque, además, permitirán plasmar de mejor manera la influencia del nacionalismo, en tanto ideología política y conjunto de principios que fundan y sustentan a las naciones, pudiendo aplicarse en forma especial a la realidad chilena.

Es menester, entonces, hacer referencia a la tradición republicana de Chile, la que se remonta a tiempos de la Colonia, aspecto que se describirá en su oportunidad. Esta, se encuentra ligada a un sentimiento de identidad patriótica de carácter nacionalista, que contribuirá a vislumbrar ciertos pares de conceptos muy emparentados entre sí, tales como patria-nación o, bien, patriotismo-nacionalismo, que exhiben límites e implicancias diversos. Ello, contribuirá a comprender el genuino alcance de aquello que se suele denominar "nacionalismo", para perfilar con claridad su correcta acepción desde un estricto punto de vista formal y descriptivo, despojándolo de todo contenido valorativo que pueda nublar su adecuada inteligencia[4], ante la constatación de las tendencias cada vez más frecuentes en torno a catalogar dicho término con una específica carga ideológica o política, muchas veces circunscrita a episodios históricos de violencia que hacen rememorar el holocausto.

Por último, abordar el contexto de Chile resulta crucial como parámetro para medir la situación que experimentan otros estados de derecho y el modo en que en estos se refleja la aparente íntima conexión republicanismo-nacionalismo, a fin de exponer, en última instancia, las razones para volver la mirada hacia los postulados de una tradición que por mucho tiempo estuvo desplazada por el influjo y dominio del liberalismo, y que parece conectarse con el ímpetu de los nacionalismos posmodernos.

I. Republicanismo: entre la no-interferencia y el autocontrol

1. Hacia un tercer concepto de libertad

Lo que podría calificarse como pluralismo republicano, esto es, la diversidad de enfoques que es posible constatar dentro de la nutrida literatura cultivada

[4] En este punto, se adopta una postura positivista aplicada al concepto en estudio, de conformidad con los postulados de Kelsen (1982).

por parte de diversos autores republicanos, genera la necesidad de advertir que todo aquel que pretenda abordar con seriedad este tópico, debe discriminar y concentrar la atención en aquellas ideas que en particular representen mayor inquietud intelectual. Es por ello que la tarea a desplegar en lo que sigue, estará enfocada en dos ideas medulares. Así, se ha reservado a esta sección, el desarrollo de una de ellas en concreto, la referida a la noción de libertad.

Es cierto que el republicanismo adopta del liberalismo y del comunitarismo sus mejores premisas, pero agrega, además, un contenido que les es propio, este último caracterizado por su concepción distintiva de libertad, por su propuesta de incentivar la virtud cívica y la participación ciudadana en asuntos públicos[5]. Por lo que, de pretenderse una definición sobre republicanismo, este se debería construir a partir de dichos elementos.

Es propio del republicanismo, por tanto, asumir una visión identitaria de libertad y al efecto, resulta destacable la figura de Phillip Pettit, quien no solo se considera uno de los principales exponentes y representantes de la tradición republicana, sino que su obra, además, es una contribución notable al enriquecimiento de dicho concepto, logrando convertirlo desde ese momento en un término más complejo, no reductible en forma exclusiva a dos sentidos antagónicos y extremos, como lo había sido hasta ese entonces. De esta forma, Phillip Pettit sitúa el punto de partida de su construcción teórica en la obra de Isaiah Berlin, afirmando lo siguiente: "yo creo que la distinción libertad negativa-positiva ha hecho un mal servicio al pensamiento político"[6]. En esta cita, se aprecia un importante diagnóstico que hace el autor sobre el pensamiento dominante de la época, al entender que este se encontraba preso de una ilusión basada en la creencia de que había solo dos modos correctos de entender la libertad, a lo que, como corolario asignaba una connotación negativa:

> "Coaccionar a un hombre es privarle de la libertad: Libertad ¿de qué? [...] Propongo analizar nada más que dos de los sentidos que tiene esta palabra"[7].

La afirmación contenida en la cita trascrita, la propuesta de dos sentidos para las palabras '*freedom*' o '*liberty*'[8], sentido negativo y positivo, genera un tránsito desde una ferviente defensa de la libertad como no interferencia (sentido negativo) propiciada por representantes del liberalismo, consistente en asumir que el ser humano es libre en la medida en que disfruta del mayor grado de no interferencia posible, apareciendo cualquier atisbo de intromisión

[5] Véase Ruiz (2022), p. 15.
[6] Pettit (1999), p. 3.
[7] Berlin (1958), p. 3.
[8] *Ibid*.

en su esfera privada, como un ataque a su autonomía, cuya defensa supone prevenir la injerencia por parte de los demás. La diferencia, por tanto, se presenta entre ser libre "de" y ser libre "para", propia esta última de la libertad positiva. Esta última consiste en algo más que el simple hecho de "ser dejado en paz"[9], supone tomar un papel activo en el control y dominio de los propios actos, "se deriva del deseo del individuo de ser su propio dueño"[10].

Como consecuencia de lo expuesto, a partir de Phillip Pettit es posible contar con una propuesta original e innovadora en torno a la clásica taxonomía mencionada, que sugiere un camino intermedio, una nueva senda entre la libertad como autocontrol y la libertad como no dominación, reconociendo de ambas un elemento que integrará a su propio concepto de libertad, la ausencia –de la libertad negativa– y la dominación –de la libertad positiva–. Defiende, en suma, una idea de libertad como equivalente a ausencia de dominio por otros. En el siguiente apartado se podrá advertir el significado disímil entre interferencia y dominación.

2. Libertad como no-dominación y republicanismo

Hablar de republicanismo es hablar de la libertad entendida como no dominación, como ausencia de servidumbre, en definitiva, de la auténtica libertad.

Interferencia y dominación, si bien representan dos males, uno de ellos –la dominación– peor que el otro, no comparten la misma connotación. De hecho, esta afirmación se puede ver ejemplificada, como sostiene el propio Phillip Pettit, en la relación propia de un amo y su esclavo, la que supone: "que la parte dominante puede interferir de manera arbitraria en las elecciones de la parte dominada"[11].

Para entender con claridad la relación aludida y lograr con ello diferenciar los conceptos de interferencia y de dominación, resulta de gran utilidad detenerse en su análisis. En dicha vinculación cabe considerar la plausibilidad de que quien asume el papel de amo, no obstante su superioridad, se presente como un ser benévolo o, bien, que quien el azar ha situado en la posición de esclavo, a su turno, sea un sujeto condescendiente o con habilidad suficiente como para hacer siempre su voluntad, de modo que el señor en la práctica no ha debido interferir en las elecciones que realiza su siervo, lo que no obsta a que en cualquier momento lo haga, producto de su capacidad de actuar arbitraria e impunemente en el ámbito de opciones de su sirviente.

[9] Pettit (1999), p. 3.
[10] Pettit (1999), p. 8.
[11] Pettit (1999), p. 5.

Dicha incertidumbre, que ha de padecer de modo permanente el siervo, lo convierten en un ser inferior a su amo debido al hecho innegable de que deberá vivir encadenado a perpetuidad a la voluntad de otro, careciendo así de libertad y de las cualidades inherentes a un ser humano. De esta forma, se comprende muy bien la afirmación de Phillip Pettit en cuanto a que la dominación es un mal peor que la sola interferencia, pues es posible que el esclavo no sufra interferencia alguna, pero está claro que pese a ello padece permanente dominación y es justo por ello que no es libre. Queda así de manifiesto, que este tipo de libertad, entendida como no-dominación, es la única compatible con la dignidad humana.

> "Cuando no estamos dominados, pues, disfrutamos de la ausencia de interferencias por parte de poderes arbitrarios, no sólo en el mundo real, sino en el abanico de mundos posibles [...]"[12].

Para que el ser humano logre ser libre, imperioso resulta que sea amo de sí mismo, así por mucha interferencia no arbitraria que en teoría pueda recibir, mantendrá su libertad al menos en un sentido, único concordante con la aptitud en cuanto a persona e igual en dignidad. Lo propio de la esclavitud es la dominación y no la interferencia real, el solo hecho de vivir bajo la dominación de otro, supone ausencia de libertad, cualquiera sea el grado de permisividad del amo.

Un republicano, en consecuencia, no es contrario a todas las formas de interferencia posibles, sino solo a aquellas que implican una relación de dominación, la que exige tres requisitos para su configuración: Capacidad para interferir, de un modo arbitrario y en determinadas elecciones que otro pueda realizar[13]. Así, el derecho y el gobierno de una república, representan dos claros casos de interferencia sin pérdida de libertad en su sentido republicano. En efecto, las leyes crean la libertad como no dominación, pues es cierto que implican interferencias y coerción, pero no serán arbitrarias, en la medida en que estarán sujetas a control –tanto en su proceso de formación como en su posterior aplicación–, el que también opera respecto de las autoridades –a través de la separación de funciones y la rotación de sus cargos–, ya que, representan dominadores potenciales; lo que permite a fin de cuentas, que todo el grupo humano disfrute de la libertad de no estar sujetos al control de otros. Ya decía John Locke, que donde no hay ley no hay libertad[14].

De esta forma, la libertad así entendida es un ideal social –no la libertad innata de los liberales– que tal como se expondrá, requiere del Estado y del sistema jurídico, que deberá garantizarla[15], pues de quedar entregada a los po

[12] Pettit (1999), p. 7.

[13] Para más información sobre estos requisitos véase Pettit (1999), p. 22.

[14] Locke (2006), p. 30.

[15] Tener presente la clara oposición al respecto de Thomas Hobbes, para quien siempre el derecho era concebido como invasor de la libertad de las personas, al defender la libertad como no-coerción.

deres recíprocos de los propios individuos, desaparecerá en el momento mismo en que los más fuertes se impongan al resto.

3. Virtud cívica y patriotismo

El valor consistente en la virtud cívica corresponde a la segunda de las ideas representativas del republicanismo, que por su importancia para dicho modelo, requiere un análisis más detallado.

Virtud cívica y patriotismo, constituyen dos valores consustanciales a la tradición republicana y presentan una particular concomitancia, la que se podría plantear como una correspondencia del tipo género a especie.

Siguiendo la idea esbozada, aquella se presenta como el género en este nexo conceptual e implica asumir un compromiso con los valores institucionales y, de esa forma, también con el destino de la comunidad. No exige, por tanto, ningún esfuerzo sobrehumano, como tampoco demanda de los ciudadanos que sean santos o que se involucren en una concepción moral robusta, como en muchas ocasiones se piensa de modo errado, al considerar que se trata de una virtud propia de dioses o superhombres que involucra cualidades o valores innatos especiales, que serían difíciles de identificar en el individuo común.

A su turno, el patriotismo, se erige como una especie dentro del género, esto es, como la virtud cívica por excelencia, que se traduce en una adhesión a la ley y al sistema político que hacen posible el ejercicio de la libertad civil, debiendo ser compatible con el pluralismo moral, cultural y étnico[16]. De este modo, resulta palpable, su estrecho vínculo terminológico con otro concepto, el de patria, que debe ser identificado con la república, la Constitución y la libertad misma[17].

Asentados los conceptos previos, resulta imperativo evocar a continuación la raíz de la que emerge la necesidad de retomar el cauce de los valores aludidos. En efecto, durante la hegemonía del pensamiento liberal, surgido a fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX[18] –recuérdese la libertad en sentido negativo– la intervención del Estado debía limitarse a resguardar los derechos innatos de las personas, a través de la defensa del orden interno y externo.

> "Cualquier otra intervención del Estado en la sociedad civil, cualquier pretensión de búsqueda colectiva del bien común o de la felicidad, pasará a ser considerada, a partir de entonces, un estorbo y un agravio a la autonomía individual [...]"[19].

[16] Ruiz (2012), p. 137.
[17] *Ibid*.
[18] Véase su origen en Ruiz (2012), p. 121.
[19] *Ibid*.

Dentro de los referidos derechos, se encontraban los de contenido político –nótese que no los derechos sociales– entendidos bajo el enfoque económico propio del funcionamiento de mercado, en una relación de oferta y demanda, en que el elector luego de emitido su voto, se retira de la esfera pública, para dedicarse a sus asuntos privados.

La democracia liberal no aparece de esta forma, como el gobierno del pueblo, sino de unas pocas personas autorizadas para gobernar, exigiendo un mínimo de obligaciones a sus ciudadanos, tales como participar en elecciones esporádicas o pagar impuestos y confiando en que sus representantes reunirán la suficiente inteligencia y autoridad moral como para evitar que la democracia degenere en tiranía, a la vez que descansando en la estructura del sistema político, y asegurando la separación de funciones como garantía suficiente que suplirá la falta de participación ciudadana.

A mayor abundamiento, comienza a tomar fuerza el supuesto fáctico creado en torno a la idea de que un liberal ya no quiere ni puede dedicar tanto tiempo a la esfera pública, a lo que subyace un interés creciente por desarrollar de modo prioritario aquellas actividades que representaban un gran potencial económico asociado al sector privado de la productividad.

Este escenario desencadenó un panorama que ha alcanzado a la realidad actual, constituido por un ciudadano apático, que ha perdido la confianza en sus representantes. Esta situación, pone en evidencia el desencanto hacia un liberalismo superado por las exigencias de las sociedades contemporáneas. Nuevos retos asociados a las migraciones demandan satisfacer necesidades de integración multicultural, racial, religiosa, entre otras; pero, además, el ciudadano actual también es diferente, está más preocupado por bienes comunes, aquellos cuya satisfacción suponen una acción conjunta y con visión de futuro –tales como el ambiente, la paz social o la preservación de recursos finitos como el agua– que recuerdan la necesidad de volver a conectar la libertad individual (como no-dominación) con la participación política.

Dicha participación requiere poseer un alto grado de virtud cívica, que la vincula directamente con los derechos sociales –de gran significación para los republicanos–, y en forma más estrecha con la educación. Es vital así concebir un sistema que permita desde la temprana infancia la enseñanza en torno a lo que significa ser ciudadano, es decir, nociones básicas sobre instituciones jurídicas y su funcionamiento, a fin de adquirir un juicio propio, para, en lo sucesivo, ser capaz de elegir entre las diversas alternativas disponibles. La libertad así considerada protege a las personas de ser presa fácil de totalitarismos o ideologías. Se trata de inculcar las bases comunes de una cultura cívica y política, pero cuidando de tomar partido por un contenido específico, de modo de no caer dentro del territorio del adoctrinamiento, por lo demás incompatible con la idea de libertad republicana.

Pues bien, siendo el patriotismo la virtud cívica por antonomasia que representa "el sentimiento de apego hacia la propia comunidad"[20], es función prioritaria de la educación promoverlo. En este sentido, se retoma la idea de la función del Estado como aquella estructura política y jurídica que debe garantizar no solo este derecho, sino todos los llamados derechos sociales, para posibilitar la igualdad en el acceso a oportunidades y a recursos económicos, los que también son esenciales para incentivar una mayor participación, a través de la descentralización, elecciones locales o plebiscitos. Solo bajo esta condición, podrá estimarse que el ser humano es realmente libre, al haber tomado parte activa en la adopción de decisiones políticas esenciales para el futuro de su propia comunidad, no estará bajo el yugo de una voluntad ajena que pueda ceder a la tentación de privilegiar sus propios intereses, pues como suele decirse, a menos que se trate de seres con gran altruismo, siempre estará ese temor latente.

Conforme con lo dicho, resulta indudable que la educación contribuye a la existencia de seres humanos más libres y, por ello, capaces de asumir el control de su vida, de ser sus propios dueños sin tener que "mirar con el rabillo del ojo a los poderosos"[21], en suma, una garantía para la libertad como no-dominación.

II. Aproximación a la teoría del nacionalismo

1. Aspectos conceptuales

Para comenzar el desarrollo de este punto, es necesario conceptualizar al nacionalismo. Para Humberto Giannini, el nacionalismo como fenómeno social es una ideología, es decir, un sistema de ideas, ideales y estrategias, cuyo "texto visible" sería la unidad social alrededor de la patria, el rechazo a la negación de dicha unidad y la exaltación del Estado[22].

Asimismo, de acuerdo con J. Alberto del Real Alcalá, la nación y el nacionalismo son conceptos que, aunque sean distintos, se interrelacionan[23], pues la nación es un sujeto político con ciertas características compartidas por la sociedad o pueblo; mientras tanto, el nacionalismo:

> "es un conjunto de principios, valores y objetivos a conseguir, en definitiva, de concepciones teóricas diversas, que reivindican la constitución (creación o reconocimiento) de una nación, o su conservación o su realización en condiciones más ventajosas"[24].

[20] Ruiz (2012), p. 136.
[21] Pettit (1999), p. 42.
[22] Giannini (1981), p. 37.
[23] Del Real (2022), p. 2.
[24] *Ibid*.

Mientras Humberto Giannini relaciona al nacionalismo con la patria, J. Alberto del Real Alcalá lo conecta con la nación como sujeto político. Así, es relevante, en teoría, desplegar ambos conceptos, para, luego, en un capítulo sucesivo, conectarlos con la realidad chilena en torno a la institución jurídico-política del nacionalismo.

La patria, para el mencionado autor, a los ojos del nacionalismo:

> "es la realidad supra individual y supra social a la que pertenecen los individuos y las sociedades históricas (empíricas), y dentro de la cual encuentran, unos y otras, su sentido, su dignidad de ser nación puede ser entendida"[25].

Asimismo, trata de ejemplificar a la patria con la madriguera o escondite de los animales[26] ámbito en el cual aquellos encontrarían seguridad y a partir del cual se organiza, reconoce e interpreta el mundo que les rodea; ese ámbito de seguridad para el ser humano tendría un contenido de carácter instintivo-espiritual, el cual permite el despliegue de sus posibilidades de vida y, en virtud del cual, se desarrolla cierto apego, fidelidad o "amor" que brinda pertenencia a un "terruño", el cual sería la patria[27]. Pero la patria también supone un contenido cultural, expresado en las tradiciones, en el folclore común, el cual en momentos de amenazas externas[28], enaltece el sentimiento instintivo-espiritual que se ilustró a través de las ideas de Humberto Giannini[29]. Por último, para este filósofo, en un sentido ideológico, la patria se manifiesta a través del nacionalismo.

Por otra parte, la nación supone un análisis mucho más complejo acerca de los factores empíricos que la identifican[30], tales como la población y el Estado, siendo este último un factor que suele emerger y necesitarse mutuamente para con la nación, lo cual dificulta su definición[31]. Ernest Gellner plantea dos conceptos de nación, el primero de ellos en los siguientes términos: "

> "Dos hombres son de la misma nación si y sólo si comparten la misma cultura, entendiendo por cultura un sistema de ideas y signos, de asociaciones y de pautas de conducta y comunicación",

mientras que el segundo concepto sostiene: "las naciones son los constructos de las convicciones, fidelidades y solidaridades de los hombres"[32]. En cierto

[25] Giannini (1981), p. 40.
[26] Mundo animal.
[27] Giannini (1981), p. 42.
[28] O internas, como en el caso chileno.
[29] Giannini (1981), p. 42.
[30] Del Real (2022), p. 2.
[31] Gellner (1988), p. 19.
[32] *Ibid*.

sentido, tanto la patria como la nación comparten un contenido cultural e instintivo-espiritual, al tenor de los planteamientos de Humberto Giannini y Ernest Gellner, pero, además, se conectarían ideológicamente a través del nacionalismo, al atender a las palabras de J. Alberto del Real Alcalá:

> "el nacionalismo constituye una ideología que opera en el ámbito de las ideas morales, de las teorías políticas y de las concepciones jurídicas. El entrecruzamiento entre nación y nacionalismo se produce a partir de que el objeto de reivindicación del nacionalismo es la nación"[33].

Según este análisis, es posible concluir, en una primera aproximación, que para una patria existe una nación y que para una nación existe una patria y que, por lo tanto, el nacionalismo sería la expresión valórica y teórica que les daría fundamento. En otro apartado, se pondrá en tela de juicio si esto, en efecto, siempre debe ser así.

Analizados los conceptos de nación y nacionalismo, amén del concepto de patria, se clasificarán las diversas formas de nacionalismos, pues es una ideología plural y diversa, que implica diversas nociones teóricas según cada nación[34]. En consecuencia, podrían distinguirse, de manera no sistemática ni taxativa, tres grandes tipos de nacionalismos contemporáneos[35]:

a) Nacionalismo conservador, que se subclasifica en moderado y ultraconservador;
b) nacionalismo liberal, que puede distinguirse entre las formas jacobinas y pluralistas y
c) nacionalismos de izquierda, que admiten dos tipos, los socialdemócratas y los marxistas leninistas.

2. Tipologías

2.1. El nacionalismo conservador y los eventuales riesgos para la evolución humana de la doctrina alemana de la nación unitaria y tradicional

Esta corriente de nacionalismo, surge en el contexto de la reivindicación de las tradiciones y nostalgias de las sociedades agrarias, mezcladas con un lenguaje intelectual contemporáneo o moderno, y cuyo objetivo es recuperar los valores

[33] Del Real (2022), p. 2.

[34] *Ibid*.

[35] Surgidos al amparo de diversos fundamentos históricos, tales como: las filosofías contractualistas, las filosofías historicistas y esencialistas, las corrientes del positivismo científico y diversos fenómenos históricos y evolutivos de las sociedades humanas.

de dichas organizaciones agrarias identificándola con las concepciones modernas de nación[36]. Dentro de esta ideología , pueden distinguirse dos categorías, las vertientes moderadas y las radicales, llamadas también ultraconservadoras. La ideología moderada del conservador surge al alero del historicismo alemán del siglo XVIII basado en el estatalismo y la *kulturnation*, toda vez que:

> "afirma la existencia objetiva de una nación como nación étnica de fondo natural, entendiendo por tal aquella comunidad humana que asentada históricamente en un territorio presenta los mismos lazos de origen"[37].

En ese entendido, la nación conservadora funciona como una comunidad orgánica, basada en ciertos criterios objetivos que forman la base natural de la misma, no discutibles y positivizados a través del Estado, con grandes raigambres tradicionales y culturales comunes, tales como: la lengua, la historia y valores comunes, cuyas estructuras son unitarias, pues la *kulturnation* resiste el pluralismo y la multiculturalidad, formada por un Estado como estructura positivizada para una sola nación. Por otra parte, la versión radical del nacionalismo conservador surge amén del movimiento nacionalsocialista alemán del periodo entreguerras, que aparece como una respuesta de extrema derecha frente al nacionalismo moderado, pues radicaliza sus criterios y se convierte en una ideología dictatorial, que diferencia entre amigos y enemigos, construyendo un concepto cerrado de nación, conformado en forma exclusiva por los amigos, y defendiendo con violencia el derecho de aniquilar a los enemigos, negándoles cualquier atisbo de diferencia o diversidad dentro del grupo de amigos que forman la nación.

Una ideología nacionalista conservadora supone, en forma moderada o más radical, la negación de la evolución humana en defensa de las tradiciones históricas, lo cual pone en riesgo el crecimiento y transformación de las sociedades y de sus integrantes, impidiendo el desarrollo de planes de vida individuales y de formas culturales de diversidad que fomenten la educación y la autodeterminación de la sociedad, lo que puede significar una amenaza para la estabilidad social y en los extremos del conservadurismo radical, un riesgo para la especie humana toda, pues la delgada línea entre amigos y enemigos estuvo *ad portas* de un conflicto nuclear fatídico. Es así como se puede distinguir entre las vertientes conservadoras, algunos factores en común, tales como las reivindicaciones de las tradiciones y de las etnias unitarias al interior de la comunidad nacional, pero, por otro lado, se puede colegir una diferencia sus-

[36] Del Real (2022), p. 4.
[37] Del Real (2022), p. 6.

tancial en torno a la procedencia y defensa de la violencia que hacen unos, los radicales, en tanto forma de resguardo y conservación de aquella tradición étnica natural versus el exclusivo amparo jurídico y cultural que realiza la vertiente más moderada. Más adelante, se apreciará que las vertientes tradicionalistas chilenas pueden considerar aspectos dogmáticos de la ideología nacionalista conservadora, lo cual podría explicar en parte el resultado del proceso de transformación constitucional que atravesó Chile.

2.2 El nacionalismo liberal: la nación como expresión de la voluntad soberana democrática

El nacionalismo liberal supone el despertar político de un grupo humano organizado como nación territorial, pasando de ser un hecho cultural a uno formal, que es, incluso, independiente de aquella configuración cultural de la nación, y que surge de la declaración voluntaria de mayorías que apoyaron la existencia de la *staatsnation*, entendida como una nación política fundada y organizada democráticamente a través de la voluntad soberana[38]. La ideología liberal del nacionalismo puede clasificarse en dos tipologías: la jacobina y la plurinacional.

La forma jacobina del nacionalismo liberal plantea que la comunidad política que ha surgido de la voluntad de la nación es única e indivisible, de tal suerte que el Estado liberal debe ser de carácter uniforme, unitario y centralizado. En ese sentido, para esta vertiente ideológica, solo puede concebirse una nación para un único Estado, negando la posibilidad de los plurinacionalismos, lo cual restringe la posibilidad de admitir la diversidad institucional y cultural al interior de la nación. Es por lo que, en este último sentido, el liberalismo jacobino puede emparentarse con el nacionalismo conservador moderado, pero se diferencian en la mayor libertad que los jacobinos le dan a la evolución humana, pues confían en que a través de la libertad se lograrán resultados positivos para la comunidad política. La ideología plurinacional, por otra parte, sostiene que dentro de la nación política existe diversidad cultural e institucional, de tal suerte, que es posible que al interior de la comunidad política surjan diferentes reivindicaciones nacionalistas con carácter plural, que puedan convivir a través del reconocimiento que se haga de ellas por parte del Estado descentralizado y plural que plantea esta postura.

En síntesis, la ideología jacobina tiene aspectos liberales y conservadores, lo cual implica, también, la restricción en el proceso evolutivo humano, en cuanto niega la diversidad al interior de la nación política, lo cual puede desencadenar en violencia y descontento por parte de los grupos que han generado

[38] Del Real (2022), p. 12.

consciencia de su diferencia, cuando aquella no ha sido reconocida, ni menos aún, protegida por la nación política como ente abstracto, por lo que ante la imposibilidad de resolver el conflicto pacíficamente, estos grupos pueden estallar en violencia para reivindicar su reconocimiento en la diversidad[39]. Por otra parte, el pluralismo nacionalista enfrenta el problema de la dificultad de una organización política para las diversidades descentralizadas, lo cual puede traer consigo incertidumbre jurídica y desigualdad normativa[40].

2.3 Nacionalismos de izquierda: los riesgos de la violencia en el otro extremo de la ideología

Tal como se ha podido desarrollar en las dos primeras grandes corrientes ideológicas del nacionalismo, esta tercera vertiente dogmática tampoco es unitaria y puede ser representada por dos tipologías diversas, a saber: el nacionalismo socialdemócrata y el nacionalismo marxista-leninista.

El nacionalismo socialdemócrata plantea una reivindicación de la nación por parte de las clases trabajadoras, en el entendido que las clases altas secuestraron a la nación y que los trabajadores, quienes constituyen el sustento económico, han sido desplazados del reconocimiento, participación y ejercicio de derechos, por lo cual, es necesario que la nación amplíe la democratización incorporando a los trabajadores, que están excluidos, y asegure la igualdad de posibilidades en el ejercicio de sus derechos, solo así se podrá otorgar una efectiva protección a este grupo mayoritario de la nación que se encuentra en permanente subordinación. Para lograr dicho objetivo, la comunidad nacional debe asegurar la educación y la base cultural igualitaria, refundando la nación burguesa, ahora con una base cultural y educativa que asegure la participación de los trabajadores. Por otro lado, el nacionalismo marxista-leninista recurre nuevamente[41] a la violencia revolucionaria como el sustento de la nación, a través de la lucha armada como sustento de una dictadura del proletariado que debe destruir al Estado burgués, considerado, en esencia, violento para con los trabajadores. A pesar de que el marxismo-leninista rechaza la idea de nación por considerarla un concepto burgués, la adopta para explicar cómo las naciones "opresoras" y las naciones grandes han subordinado a las naciones "oprimidas" y más pequeñas, defendiendo una vez más a la vio-

[39] Algo similar a lo que ocurrió en Chile en los días previos al estallido social, ocurrido el 18 de octubre de 2019, el cual dio inicio al proceso de modificación constitucional en el que todavía se encuentra el ordenamiento jurídico nacional.

[40] Fue parte del argumento de la opción "rechazo" en el proceso constituyente chileno, frente a un carácter más bien tradicional del nacionalismo chileno.

[41] Como ya lo planteaba el nacionalismo conservador radical antes analizado.

lencia, como un arma legítima para poner fin a la opresión nacional imperialista de los factores de producción y de la economía mundial.

A partir de este estudio de los nacionalismos, es posible comprender a grandes rasgos la configuración ideológica de las naciones mundiales, en el entendido de que las hay liberales y socialdemócratas, amén de conservadoras moderadas y, en muy menor medida, conservadoras radicales y marxistas-leninistas. Asimismo, es motivo de especial preocupación, el recurso a la violencia que sostienen estas ideologías más extremas de los nacionalismos, pues ponen en relieve la legitimidad de la fuerza arbitraria, lo cual puede amenazar a la humanidad toda en caso de un conflicto a escala global. Pero, además, es necesario comprender que la vida humana transcurre en ámbitos de organización política a gran y a menor escala que determinan su futuro como colectividad e individualidad, y que cuando la voluntad colectiva de un grupo humano decide iniciar un proceso de transformación de valores y principios, anquilosados en esas organizaciones, aquel debe transcurrir de manera paulatina y paradigmática, para evitar el riesgo de la violencia institucional.

III. El contexto de Chile

La necesaria implicancia que debe existir entre un determinado planteamiento filosófico y su factibilidad en la realidad social concreta de un Estado evidencian el imperativo detrás del análisis que se desarrollará en las siguientes líneas. Ineludible, resulta, entonces, abordar el contexto social, eligiéndose el caso de Chile, por reunir importantes aspectos de interés derivados de recientes instancias de impulso a la participación ciudadana y la constatación de una tendencia hacia reformular el modo en que se concibe el papel del Estado, que llegó al punto de plantear la necesidad de evaluar una nueva definición de este. En este orden de ideas se utilizará un discurso racional y neutral para dar cuenta del escenario político-jurídico que dominó la esfera pública durante el proceso hacia una nueva Constitución, representado en particular por el plebiscito. Ello implica despojar el presente análisis de todo componente ideológico o valorativo, que pueda entorpecer la adecuada comprensión de los sucesos políticos más relevantes.

En efecto, en Chile hubo dos plebiscitos: el primero, se denominó "de entrada" y tuvo lugar el 25 de octubre de 2020 con presencia de un voto de carácter voluntario. En dicha oportunidad, participa un 50,9 % del padrón electoral, que hace triunfar a la opción favorable a la redacción de una nueva Constitución. Para el 4 de septiembre de 2022, fecha del segundo plebiscito, la ley había convertido en obligatorio el sufragio, ocasión en que se advirtió un radical cambio en la opinión del electorado, que esta vez se inclinó por el rechazo

al texto propuesto por la Convención, destacándose a escala internacional la alta participación ciudadana equivalente al 85,86 %. Aquel aspecto, esto es, la obligatoriedad del voto introducida durante esta segunda etapa de participación, será objeto de reflexión para lograr comprender si con ello el Estado de Chile se desvió de la senda del republicanismo.

Pues bien, como causa del proceso político que condujo al plebiscito, se debe tener presente aquella manifestación ciudadana que fue conocida bajo el nombre de "estallido social", que removió las estructuras básicas de la sociedad, influido por los sentimientos de cansancio e injusticia hacia el sistema público educativo y sanitario, las malas pensiones, el actuar corrupto de sectores políticos y empresarios, desencadenando en una crisis de paradigma[42].

En ese contexto, se evidenció una falta de representatividad de la clase política que, sumada a una conservación del *status quo*, termina generando desconfianza en las instituciones tradicionales –tales como las asociaciones de fondos de pensión– y cuestiona la legitimidad de la Constitución Política vigente. Recuérdese que la patria es entendida como la Constitución de un Estado, por lo que, lo que estaba en juego eran, en estricto rigor, los cimientos de lo que se había considerado hasta ese entonces como la patria. De esta forma, desde diversas agrupaciones se clamaba por un cambio radical, un nuevo pacto social, lo que cabe considerar a la luz de la famosa fórmula de la que John Rawls fuera artífice[43]. En efecto, los miembros de la Convención Constituyente se convertían así en individuos racionales, situados hipotéticamente en una posición originaria, construcción epistemológica que garantiza la imparcialidad, indispensable para alcanzar el objetivo de consensuar los principios de justicia de la sociedad chilena, que culminó con la propuesta de un nuevo texto constitucional en el que debían estar recogidos.

Resultó que la forma de concebir hasta ahora la democracia ya no satisfacía la pluralidad y las necesidades propias de la sociedad contemporánea. El supuesto "mercado" perfecto de raigambre liberal, formado por electores y políticos, ya no era tal, porque se produjo una laxitud de los principios que lo sostenían; los poderes del Estado ya no eran tan independientes, el Poder Judicial no aparecía ante la opinión pública actuando como auténtico contrapoder[44]. Todo esto propició la exigencia de que debía ser la propia ciudadanía la que exhibiera una activa participación en elaborar un nuevo texto constitucional, bajo la proclama de no incluir a los políticos de siempre, lo que trajo de regreso la necesidad de cultivar el civismo republicano.

[42] Riffo-Pavón (2021), p. 1.

[43] Para profundizar en estos conceptos véase Rawls (1995).

[44] Recordar en este punto las repercusiones habidas tras la condena a los dueños de Penta, con variados titulares en la prensa, tales como el de 9 de julio de 2018, véase Focacci (2018).

Como complemento, durante este periodo de transición hacia el plebiscito, se comienza a elevar con fuerza de manera transversal por parte de la ciudadanía, la idea de que solo bajo el supuesto de una efectiva garantía de los derechos sociales, en especial de la educación, se lograría transitar hacia una sociedad más igualitaria, consciente del derecho a sufragio en tanto derecho político y como expresión del ciudadano libre y virtuoso. La gran abstención del plebiscito de entrada demuestra este punto, personas que no han recibido educación participan menos que el resto, sienten que su voto no revertirá su situación y que, aunque asistan a las urnas, nada cambiará para ellos. Esto se debe a que quienes no comprenden lo que implica ser ciudadano ni los conceptos elementales de nuestras instituciones (como Constitución o Estado), difícil resulta pensar que tendrán interés en participar, no percibiendo el ámbito de la política como una instancia que goce de prioridad, más aún si la verdadera preocupación para muchos de ellos es subsistir.

Cabe agregar otro aspecto crucial en el análisis actual, pues una de las materias sometidas a la votación de la voluntad soberana de la ciudadanía fue la elección del tipo de nacionalismo que la nación chilena abrazaría para el futuro, por lo que conviene recordar algunos hechos que facilitarán la comprensión del análisis del nacionalismo en la escena pública chilena. En efecto, es un hecho por todos conocido, que el 18 de octubre de 2019 se extendió por todo el país durante varias semanas, el llamado estallido social, al que ya se ha aludido, en que miles de chilenos exigieron mayor igualdad, mejor protección de derechos y un cambio sociopolítico basado en una frase muy famosa por entonces: "Chile despertó". Este movimiento fue apaciguado por el denominado "acuerdo por la paz" suscrito por un amplio grupo de políticos de los diversos espectros de la escena política, en virtud del cual, se sometería a elección ciudadana la posibilidad de crear una nueva Constitución Política de la República, concluyendo el proceso constituyente el 28 de junio del año en curso, con la aprobación por la Convención Constitucional de una propuesta del texto definitivo que se votaría y que fuera rechazado en su mayoría los ciudadanos en una segunda instancia de sufragio el 4 septiembre, dejando, de este modo, vigente la actual Carta Fundamental.

Asentado lo anterior, necesario es abordar la comparación del nacionalismo que establecía el proyecto de Constitución plebiscitado versus la actual Constitución, que en su artículo 3 señala: "El Estado de Chile es unitario", en concordancia tanto con el artículo 4, que prescribe: "Chile es una república democrática", como con el artículo 5 que, dispone: "la soberanía reside esencialmente en la nación". Por otro lado, la comparativa propuesta traslada al citado proyecto que establecía en su artículo 1 numeral 1: "Chile es un Estado democrático y social de derecho. Es plurinacional, intercultural, regional y ecológico". Estas consagraciones normativas conducirán el examen de las ra-

zones valóricas e identitarias que pudieron justificar el mayoritario rechazo de la ciudadanía a una modificación institucional que hace tres años se clamaba en las calles.

En consecuencia, se profundizará a continuación, al estudio de las bases filosóficas que sustentan los nacionalismos planteados por la actual Constitución Política de la República chilena versus el fallido intento de reemplazarla a través de un proyecto que proponía una nueva base filosófica en la concepción del arraigado nacionalismo chileno.

En efecto, es necesario hacer un recorrido por la historia de Chile, en el contexto colonial previo y pos a su independencia, para identificar el momento exacto en que es posible situar la explicación del fenómeno del nacionalismo en el país. Es así como cabe recordar que la desmembración de la corona española verificada a inicios del siglo XIX trajo grandes consecuencias en las incipientes naciones aún subordinadas a la imagen del Rey. Chile no fue la excepción, por lo que la abdicación del rey Fernando VII despertó en los primeros "patriotas" un sentimiento de lealtad hacia el Rey, pero también de rebeldía frente al nuevo rey José Bonaparte, lo cual derivó en la organización de juntas de patriotas[45], que buscaban la autonomía administrativa a través del desconocimiento que aquello significaría, de la figura del nuevo Monarca. Así, los primeros patriotas se propusieron la organización política de la nación, instaurar el republicanismo y reivindicar la soberanía que había regresado al pueblo con la abdicación del rey Fernando VII, a quien sí reconocían, por lo cual no declararon la independencia chilena inmediatamente[46].

El proceso de independencia duró más de diez años[47], en el cual el exceso de violencia política generó un sentimiento de rechazo y resistencia patriótica burguesa[48] ante la figura del retornado Rey. Se fundaba la nación chilena con el triunfo patriota en 1818, pero los últimos vestigios de poder monárquico serían expulsados recién para 1826, en un proceso de relativo éxito:

> "en el sentido de que, con una población mayoritariamente mestiza, con un marcado centralismo político, con una relativa estabilidad institucional y con triunfos en guerras internacionales, el proceso de consolidación nacional fue más rápido –pero no por eso sin sobresaltos– que en el resto del continente"[49].

[45] Juntas de gobierno.

[46] Visto en www.bcn.cl/historiapolitica/congreso_nacional/historia/index.html [fecha de consulta: 16 de octubre de 2022].

[47] Entre 1810 y 1818.

[48] Los patriotas, en su mayoría de las familias terratenientes criollas, de mayor poder económico, fueron arrestados, asesinados o exiliados en el proceso de reconquista.

[49] Cid (2012).

La nación chilena surgió como respuesta a la crisis política de la monarquía y dada la necesidad de organizarse administrativamente frente a la ausencia de la figura representativa del poder, por lo que no surgió de una voluntad política común, sino que como resultado de un proceso institucional, que requirió de un grupo de personas, la creación del Estado de Chile para poder gobernar en ausencia del Rey y para hacer frente a la violencia de la reconquista, de tal manera que la sociedad chilena recibió, en su mayoría de forma pasiva, los aires independistas nacionalistas[50].

Uno de los factores fundamentales en el éxito nacionalista chileno fue la educación, la que se pensó en su génesis desde la burguesía intelectual, como la mejor manera de transmitir los principios republicanos con el objetivo de construir una identidad común como forma de legitimación política[51]. Surge así una cultura chilena[52], con símbolos, valores y tradiciones propias, que se celebran y conmemoran cada año en las fiestas nacionales durante el mes de septiembre. Asimismo, la guerra fue un factor identitario patriótico y de unión nacional[53], pues el país ha atravesado diversas guerras externas[54] e internas[55] que han puesto en jaque la seguridad nacional e impulsaron, en diversos momentos históricos, la emotividad hacia las Fuerzas Armadas[56] y los símbolos patrios frente a la amenaza de la violencia armada, enalteciendo el sentimiento instintivo-espiritual hacia la patria[57].

Para las élites burguesas que movilizaron el proceso independentista y los episodios bélicos posteriores, la población fue considerada como un otro distinto de ellos a los que debían civilizar y moralizar[58]. Así, surge una ideología nacionalista que se basó en la fuerte influencia militar y en corrientes conservadoras del nacionalismo, en especial, a través del trabajo de ensayistas e intelectuales del siglo XIX y principios del siglo XX[59]. Se impulsó en el chileno un sentimiento

[50] Cid (2012).

[51] *Ibid*.

[52] Proceso denominado chilenización de las etnias y poblaciones más alejadas de los centros urbanos que ciernes.

[53] Cid (2012).

[54] Guerra de la Independencia, Guerra del Pacífico, guerra contra la confederación peruano-boliviana, entre las más importantes.

[55] Guerras civiles de 1891 y 1931 y quiebre institucional de 1973, entre las más importantes.

[56] Denominadas las fuerzas invencibles. Sentimiento puesto en tela de juicio con el regreso de la democracia y la revelación de ciertas conductas cometidas durante la dictadura y, con posterioridad, durante el estallido social, que generaron los abusos por parte de algunos representantes de las Fuerzas Armadas.

[57] Giannini, (1981), p. 42.

[58] Cid (2012).

[59] Jara (2011).

> "xenófobo, nacionalista y popular, extremado en las Ligas Patrióticas, y de la transformación de parte de él en movimientos fascistas. Así pues, aquella hibridación ideológica concibió una nación esencial e inmutable, con una misión y un destino, expresada en una 'raza chilena', representada en el 'roto'[60] o 'mestizo' "[61].

El sentimiento nacionalista conservador manifestado a través del orgullo hacia las Fuerzas Armadas, encontró en la guerra civil de 1981, en el ruido de sables de 1931 y en el pronunciamiento militar de 1973, el impulso de autoridad coactiva que necesitaba para evitar cualquier atisbo de pluralidad y apertura hacia la diversidad ideológica. Quizá por su cercanía en el tiempo, los chilenos tienen todavía muy enquistado el temor hacia el caos político y sus diversas consecuencias sociales y económicas, de tal suerte, que defienden las ideas conservadoras, como una forma de tener la suficiente seguridad jurídica de conservar la democracia y evitar una guerra entre chilenos.

Justamente, aquello ocurrió con el estallido social de 2019, pues parte de la ciudadanía clamó por el cese de la violencia y el desorden, frente al temor de verse expuestos en una nueva ocasión al peligro inminente de una salida al margen del orden institucional establecido, que usurpara la autodeterminación del pueblo, para imponer orden y autoridad.

Pero el sentimiento nacionalista no solo se basó en la educación, las tradiciones o la gran relevancia de la autoridad militar en la evolución de la patria chilena, sino que, también, la geografía ha sido fundamental[62]. Chile es un país al sur de Sudamérica, ubicado en una larga y angosta faja de tierra que queda localizada entre el océano Pacífico y la cordillera de los Andes. En cierto sentido, por muchos años, quedó aislado del mundo por su geografía, lo cual limitaba el acceso a la información, la cultura y la educación global, formando una aldea compuesta de chilenos con un profundo sentimiento por su patria[63]. Este sentimiento de añoranza por la tierra "del fin del mundo[64]" en sus inicios surgió a través de la influencia de los primeros patriotas:

---

[60] Nombre utilizado por muchos chilenos para hacer referencia a la población de menores recursos o con evidentes carencias educativas y culturales. Definido, a su vez, por el *Diccionario de la lengua española* como "persona maleducada, de modales groseros", véase https://dle.rae.es/roto [fecha de consulta: noviembre 2022].

[61] Jara (2011).

[62] *Ibid*.

[63] Por mucho tiempo fue muy difícil para los chilenos abandonar el país por vías marítimas y aéreas.

[64] Chile fue bautizado con ese nombre por los incas, significaba el fin del mundo y Chile era el fin del Imperio inca, pues en las afueras del extremo sur de ese imperio se ubicaban los mapuches, a quienes les guardaban un gran respeto.

> "Su tradición intelectual y trayectoria política así lo disponían, facilitándole la doble operación ideológica de convertir la relación entre nacionalidad y territorio en una de dependencia mutua, por un lado, y de presentar esa dependencia como un sello de autenticidad, por otro. Su idea de una 'chilenidad' surgida de la fusión de dos pueblos 'guerreros', de las batallas y de los gobiernos autoritarios, tanto como su idealización de la Independencia, enraizaron el pensamiento nacionalista-conservador en la simbología 'patriota' y nacionalista"[65] .

Conclusión

De acuerdo con el desarrollo y razonamiento expuestos es dable afirmar que uno de los peores males para el ser humano consiste en estar bajo el yugo de otro individuo, aun cuando no interfiera de modo constante y con carácter arbitrario en sus decisiones, el solo hecho de saber que en algún momento incierto puede hacerlo porque tiene la capacidad para ello, convierte al subyugado en un verdadero esclavo. Esta es la libertad republicana, la tercera alternativa propuesta por Phillip Pettit, respecto de la cual el derecho desempeña un papel fundamental, al ser su condicionante, puesto que, en caso contrario, de dejarla al amparo de los poderes recíprocos de los individuos, terminaría sucumbiendo ante el más poderoso, lo que sumiría a todo el grupo humano en una guerra civil permanente.

Las agrupaciones humanas organizadas en una nación y una patria necesitan del derecho, razón por la que la libertad como no-dominación es compatible con algún grado de interferencias no arbitrarias. Enfrentados a esta idea, cobra relevancia el análisis del proceso constituyente de Chile. Fundamental resultó, destinar un capítulo a este tópico, porque como afirma Salvador Giner, es muy fácil hacer filosofía política y luego olvidar las estructuras sociales en las que debe anclarse. El caso chileno rememora aspectos reales del republicanismo, así como aspiraciones que desde este se comienzan a levantar. De este modo, existen buenas razones para pensar que el republicanismo no es una utopía o un ideal irrealizable. Uno de los aspectos de interés que se trató de destacar, fue el carácter del voto en el contexto aludido, en el que se pudo constatar un dispar comportamiento del electorado: una alta participación ciudadana al instaurarse el voto obligatorio, contraria a la observada en el plebiscito de entrada. La cuestión que resulta interesante en este punto es la posible justificación de la intervención del derecho en este caso. Será posible seguir aspirando a calificar la conducta del ciudadano chileno como ejemplo de virtud cívica,

[65] Jara (2011).

en circunstancias de que la alta participación registrada estuvo respaldada por la coercibilidad. Pues, a estas alturas, se dispone de datos suficientes para comprender que lo vedado para el derecho es efectuar una interferencia que pueda calificarse de "arbitraria", lo que no ocurre en la especie. La interferencia en cuestión tiene su origen en la ley, que debió cumplir con todo un proceso de control en su formación y que proviene de una autoridad política legítima. Pero entonces, la dificultad real es otra y radica en la idea republicana de que los deberes cívicos, no pueden ser impuestos por la fuerza[66]. Ante esto, es dable considerar que en aquellos ordenamientos jurídicos en que no se ha alcanzado, de modo transversal o universal dentro de la población, la garantía efectiva del derecho a la educación (como Chile), las personas no cuentan con las herramientas intelectuales para comprender cuál es su papel en tanto ciudadanos, por lo que no se vislumbra un atentado a la libertad como no-dominación al incorporar el voto obligatorio como incentivo temporal de participación, en tanto se remueven las barreras educacionales que permitan a todos los ciudadanos ejercer plenamente las virtudes cívicas que solo pueden provenir de una enseñanza en el patriotismo. Cuando los ciudadanos chilenos advirtieron que la sociedad necesitaba contar con una Carta Fundamental cuyo origen fuera democrático, demostraron un gran respeto hacia el patriotismo como virtud, al manifestar de ese modo su amor a la patria y a la Constitución. Resultaría así, bastante acertado, acuñar un nuevo término: republicanismo de Latinoamérica o colonial. No será el caso de los Estados desarrollados, en que el derecho a la educación es una realidad y no se justifica, por tanto, un voto de carácter obligatorio.

Las conclusiones efectuadas hasta ahora contrastan con la visión del Estado y del derecho, como potenciales agentes de interferencia, propia del liberalismo. Este, como quedó de manifiesto, sugiere reducir al máximo aquella intromisión en la esfera de autonomía individual, realizando de esa forma el ideal liberal de libertad. Su gran impacto e influencia, ha dejado como legado un individualismo y un egoísmo característicos del ciudadano de hoy, apático, ausente de la participación política y desconfiado de la política y de los políticos. Pues, en la práctica, la democracia al modo de un mercado no funcionó, siendo Chile un claro ejemplo de aquello –recuérdese que en el plebiscito de entrada la propia ciudadanía tomó el control de las decisiones políticas más elementales, ante la desconfianza hacia sus representantes–.

Siguiendo esta línea de pensamiento, aparecía como fundamental el respeto a la esfera privada del individuo, bajo el pretexto de que el ciudadano de hoy no tiene tiempo para la cosa pública, debiendo delegarlo en otros, que,

[66] Ruiz (2012), p. 129.

además, se cree que tendrán más capacidad, conocimientos y tiempo para realizar la voluntad de sus electores –lo cual tampoco ocurre en la práctica–. Es dable colegir que esta premisa no aparece lógicamente fundada, dado que la realidad del día a día demuestra que el individuo se enfrenta con múltiples deberes asumidos en la sociedad de la que forma parte, no porque le sobre el tiempo, sino porque tiene plena conciencia de la responsabilidad que demanda el cumplir distintos papeles en su vida en sociedad, tales como: el trabajo, los estudios, asistir reuniones de apoderados o a asambleas de copropietarios, entre muchos otros. Ese fue el esquema que puso en jaque al sistema político chileno, no es posible tratar a los ciudadanos como consumidores, pues su auténtico papel es el de ser supervisores de calidad. Se trata, en suma, de educar a las personas y ello implica recursos no solo para evitar el clientelismo, sino porque "está demostrado que quienes están mejor participan más"[67], participación que no se agota en el voto.

Se trata de concurrir a una deliberación razonada en defensa de bienes comunes, no de intereses individuales, sino de aquellos compartidos por la sociedad en su conjunto.

Por tanto, la participación política constituiría un deber más en el listado de actividades inherentes al diario vivir. Para ello, es evidente que se requiere un grado importante de virtud cívica, con lo que se arriba a la segunda idea desarrollada. Al afirmar que la participación ciudadana es necesaria, lo que en ningún caso trae como consecuencia que con ello se afecte ni se oprima al ser humano, como podría objetar un liberal, pues no se trata de imponer un determinado contenido a sus elecciones, sino solo de incentivar el valor de la participación como expresión del patriotismo –la única manera de querer asumir la responsabilidad por su futuro es si los ciudadanos aman su patria– ausente de adoctrinamiento y, por tanto, respetuoso de la "ética privada" de cada individuo, el que será capaz de diseñar sus planes de vida conforme con sus propios criterios acerca de lo bueno o valioso. De esta forma, el Estado está lejos de atentar contra la autonomía individual al incentivar a los ciudadanos en el cumplimiento de los deberes cívicos, pues, por el contrario, lo que promueve es un mayor grado de dominio sobre sí mismo al tomar el control de aquellas decisiones que afectan a la sociedad en conjunto, a la vez que constituye una verdadera garantía de la libertad misma. Todo esto, sin inmiscuirse en la definición de los proyectos de vida particular en cuanto a su conformidad o no con una determinada concepción de la bondad o corrección moral que pudiera defender el Estado, entidad que procura garantizar la mayor libertad para que cada cual pueda alcanzar sus propios planes de vida, lo que

[67] Ruiz (2022), p. 21.

pertenece al ámbito de la ética privada y queda, por tanto, a salvo. Los poderes públicos solo motivarán al ciudadano a participar, para defender las decisiones que beneficien a la sociedad como conjunto, lo que en suma terminará por beneficiar su propio plan de vida individual trazado.

La virtud cívica demanda más del individuo que lo que exige el modelo liberal, pero ante la realidad que experimenta el ciudadano de hoy, parece razonable pensar que es una auténtica solución de cara a la insuficiencia de aquel, además de la única compatible con las actuales exigencias de pluralismo, con las nuevas propuestas sobre derechos a tutelar, intereses que proteger y, por otra parte, tiene una pretensión modesta, reclama mayor compromiso, pero no santidad.

Dicho valor será el que permita al ser humano participar de decisiones políticas que serán mejores y más justas, evidenciando la libertad que posee.

En síntesis, solo desde los postulados del republicanismo, se podrá retomar el valor de la libertad en su genuino sentido, resituar la importancia de los derechos sociales, desarrollar la virtud cívica, con el anhelo de perfilar un Estado democrático capaz de garantizar la dignidad humana y compatible con la inclusión en el debate público de intereses propios de los tiempos presentes, tales como el ambiente o la paz social, garante de un pluralismo que demanda la necesidad de inclusión.

En lo que respecta al nacionalismo chileno, en armonía con lo explicitado en forma previa, se advierte que ha sido imbuido desde los inicios de la República por un sentimiento patriota unitario y conservador hacia lo que significa el ser chileno, esto es: la cultura, la tradición, las Fuerzas Armadas, los emblemas patrios y la larga y angosta tierra al fin del mundo. Ese sentimiento patriota conservador que sustentó la formación de la república chilena se mantuvo durante décadas y le ha permitido al chileno conseguir una deseada seguridad jurídica que durante la década de 1990 y principios del milenio, convirtió a Chile en una potencia económica dentro de Sudamérica, dada la estabilidad sociopolítica que atravesaba, pues el país había concluido su travesía hacia la democracia de forma exitosa y la ciudadanía se encontraba tranquila y conforme con el resultado político-económico de ese proceso. No obstante, el nacionalismo conservador chileno fue mutando durante el retorno a la democracia hacia un nacionalismo jacobino, basado en la libertad[68], a través de las diversas reformas político-económicas de los gobiernos de centro y centro-izquierda. Estos, poco a poco incorporando al nacionalismo conservador algunos de los principios del liberalismo, con pequeños márgenes de social-democracia[69] en

[68] En especial económica, en el mercado.

[69] No es recomendable desde un punto de vista metodológico, detenerse en el reconocimiento que hace la actual Constitución de los derechos fundamentales de orden económico y

el reconocimiento de derechos fundamentales[70]. A pesar de ellos, las ideologías conservadoras y jacobinas presentan el problema de negar o restringir la posibilidad de evolución de la sociedad, de tal suerte que buscan la preservación de las tradiciones y de la unidad, excluyendo el desarrollo de las diversidades y del pluralismo.

Aquella configuración, fue poco a poco, trayendo descontento social, pues la sociedad chilena del siglo XXI, más educada y con mayor poder económico, se había diversificado y crecido demográficamente, y ya no estaba compuesta por "rotos", sino que por una clase media más consciente y culta, con un papel más participativo en el debate nacional y con marcado sello pluralista. En ese contexto de molestia social surge el estallido social hace tres años, como una respuesta frente a la negación de la evolución política y cultural, y como un llamado urgente para cambiar el paradigma conservador y jacobino que imperaba en el país, exigiendo mayor participación de las comunidades sociales diversas, reconocimiento de pluralismos, protección de derechos fundamentales entregados al poder económico del mercado y la instauración de una nueva institucionalidad. Esa nueva institucionalidad se tradujo en la elección de una convención constitucional que debía crear un nuevo orden institucional a través de una nueva Constitución, recogiendo en esa línea, nuevos valores tales como: la diversidad, el pluralismo, la participación, la paridad y el reconocimiento de derechos a través del principio de la solidaridad. El citado artículo 1 del proyecto constitucional perseguía una ideología de marcado corte pluralista y socialdemócrata, lo cual hizo temer lo peor a muchos chilenos aún conservadores y jacobinos.

Durante meses, se discutió por los diversos actores de la escena política, la peligrosidad política y jurídica de la consagración normativa que realizaba el proyecto constitucional respecto de la definición del Estado y la nación chilena como plurinacional e intercultural, por lo que la oposición política al proceso constituyente, llamó en forma abierta a rechazarlo en razón de las eventuales nefastas consecuencias que aquello traería para la seguridad jurídica, pues la tradición jurídica nacional siempre fue unitaria y conservadora, por lo que la propuesta innovadora de la Convención Constituyente, no se adapta-

social, por escapar del tema de estudio, sin embargo, cabe decir que el Estado chileno adoptó desde la promulgación de la actual Constitución en 1980, un principio de pasividad estatal en el reconocimiento y otorgamiento de derechos, el cual es denominado como principio de subsidiariedad.

[70] Es posible reconocer como ejemplo representativo del modelo social-demócrata, el programa conocido bajo las siglas GES o AUGE, que garantiza la cobertura de ochenta y siete enfermedades a través del Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional, introducido durante el gobierno de Michelle Bachelet.

ba a la realidad chilena. En efecto, existe aún en Chile un amplio número de chilenos con una consciencia aún conservadora y otro grupo aún nostálgico del impulso jacobino de la economía, que veían en este proceso transformador un riesgo de desorden y caos económico. Por ello, el citado artículo 1 fue uno de los principales motivos impulsores para que los conservadores y los jacobinos se unieran en torno a la idea de rechazar una reforma que pondría en riesgo la institucionalidad chilena y el orden, y seguridad jurídica adquirido a través de los años de conservadurismo y liberalismo.

Si bien, en su mayoría, los chilenos guardaban cierta conformidad con las propuestas de cambios a los derechos sociales y culturales que proponía el proyecto y que motivaron todo el proceso constituyente, por otro lado, no estaban de acuerdo con una ideología pluralista que planteaba reformar las tradiciones jurídicas chilenas, y temían volver a sufrir un periodo de caos similar a los ocurridos con anterioridad a las guerras civiles y al pronunciamiento militar, todo lo cual derivó en la postura de muchos ciudadanos de rechazar la propuesta constituyente, dejando la actualidad sociopolítica y cultural chilena en el mismo *status quo* de conflictos sin resolver, que se pudo apreciar en los días posteriores al estallido social.

En suma, cada uno de los modelos filosóficos sobre los que se centró la presente reflexión, fueron desarrollados de modo particular con el fin de evidenciar sus lineamientos conceptuales propios, de modo de evitar caer en confusiones terminológicas que influyan en una adecuada comprensión sobre sus implicancias en las sociedades actuales. Esto, permite explicar la siguiente cita:

> "si la lealtad nacionalista se fragua en torno a la idea de pueblo, es decir, en torno a la historia y la cultura de un grupo étnicamente diferenciado homogéneo y diferente del resto de los pueblos, la lealtad patriótica se consolida en torno a un sistema de instituciones, que por principio, ha debido ser construido"[71].

De esta suerte, el nacionalismo corresponde a un conjunto de principios que reconducen a la nación, o según otro autor estudiado a la patria[72]. Es posible afirmar de este modo, un indudable nexo nacionalismo-republicanismo, que se estructura en torno a conceptos muy cercanos, pero con objetivos y características distintas. La patria para el republicanismo corresponde a la república o a la Constitución y, por ende, aparece como objeto del patriotismo en cuanto virtud cívica. El amor a la patria es el sentimiento que puede hacer aflorar el compromiso con los valores institucionales que refleje al verdadero ciudadano virtuoso, aquel que adopta un papel activo en la participación política y asu-

[71] Ruiz (2022), p. 137.
[72] Giannini (1981), p. 37.

me, así, su responsabilidad, pues en último término si la autoridad política se equivoca es porque los ciudadanos se lo han permitido. Su vinculación con el nacionalismo viene desde tiempos del Chile independentista, que con altura de miras reconoce en la educación –punto de partida de ambos modelos analizados– el elemento sustancial que podría permitir forjar la identidad chilena, y que logra instaurar una organización política conocida como república –forma que permite al Estado una configuración propia, a la vez que instrumentos jurídicos para fortalecer el referido derecho– para a partir de ella identificar los valores definitorios de los que en adelante sería parte de la "tradición chilena", génesis de un incipiente nacionalismo de tipo conservador que ha perdurado hasta el presente, el que ha debido convivir con cierto influjo liberal jacobino en la vereda opuesta, pero sin el peso necesario como para lograr derribar el arraigado dominio del patriotismo chileno republicano y nacional conservador mayoritario.

Este análisis permite, en cierto punto, explicar el resultado del proceso constituyente, por un lado, y, por otro, visualiza una necesaria construcción filosófico-político-jurídica en torno al nuevo Chile que se debe cimentar en torno a valores que permitan enfrentar el futuro de la nación y de la patria de una forma integradora de los pluralismos vigentes y latentes en la sociedad, de tal suerte que una cultura y educación republicana y un nacionalismo pluralista, alejado del actual *status quo* se experimenta en el presente, de salir airoso, aproximará al ciudadano a la libertad en su genuino sentido, aquella que se erige sobre el presupuesto de la no-dominación, así:

> "todos –o al menos todos los que tienen que abrirse camino en una sociedad pluralista– desean ser tratados como personas, como voces que no pueden ser normalmente ignoradas"[73],

y terminará por restituir la seguridad jurídica perdida por el anquilosamiento de los principios liberales y conservadores que sustentan el Chile de hoy.

Bibliografía

Berlin, Isaiah (1958): *Dos conceptos de libertad*. Disponible en https://fadeweb.uncoma.ar [fecha de consulta: noviembre 2022].

Cardona, Luz (2011): "La noción republicana de virtud: De la virtud moral a la virtud cívica", *Revista del Departamento de Ciencia Política*, vol. 2: pp. 109-126.

Cid, Gabriel (2012): "La nación bajo examen. La historiografía sobre el nacionalismo y la identidad nacional en el siglo xix chileno", *Polis*, vol. 11, n.° 32. Disponible en

[73] Pettit (1999), p. 45.

www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext& pid=S0718-65682012000200016 [fecha de consulta: 16 de octubre de 2022].

Cristi Renato (2003): *Participación, representación y republicanismo, (*Anuario filosófico, vol. 36, número 75-76: pp. 53-82.

Del Real Alcalá, J. Alberto (2022): "Bloque 3: sobre poder y derecho", Máster en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea *online* (Madrid: Tirant formación).

Doménech, Antoni (2005): "Tres amenazas presentes a la democracia. Una visión republicana". *Polis, Revista U. Bolivariana*, vol. 4, Núm. 10.

Focacci, Guido (2018): "Sin cárcel, multados y con clases de ética se van a casa los controladores de Penta". Disponible en www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2018/07/09/fin-de-penta-delano-y-lavin-conde-nados-a-4-anos-de-libertad-vigilada-y-un-programa-de-etica.shtml [fecha de consulta: 23 de noviembre de 2022].

Gelner, Ernest (1988): *Naciones y nacionalismo* (Madrid: Alianza Editorial).

Giannini, Humberto (1981): "El nacionalismo como texto". *Revista de Filosofía*, n.° 1, vol. 19: pp. 37-45.

Giner, Salvador (2019): *Las condiciones de la democracia republicana*. Disponible en: https://omegalfa.es [fecha de consulta: noviembre 2022].

Jara, Isabel (2011): "Politizar el paisaje, ilustrar la patria: nacionalismo, dictadura chilena y proyecto editorial". *Aisthesis*, n.° 50. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-71812011000200013 &script=sci_arttext [fecha de consulta: 16 de octubre de 2022].

Kelsen, Hans (1982): *Teoría pura del derecho* (trad. de su segunda versión en alemán por Roberto J. Vernengo, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México).

Locke, John (2006): *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil* (trad. Carlos Melizzo, Bogotá: Editorial Tecnos).

Peces-Barba, Gregorio (1997): "Ética pública-ética privada", *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. xiv: pp. 531-544.

Petti, Phillip (1999): *Republicanismo. Una teoría sobre libertad y gobierno* (Barcelona: Editorial Paidós).

Rawls, John (1995): Teoría de la justicia (trad. María Dolores González, Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, segunda edición).

Riffo-Pavón, Ignacio (2021): "El estallido social chileno de 2019: un estudio a partir de las representaciones e imaginarios sociales en la prensa", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. lxvi, n ° 243: pp. 345-369.

Ruiz, Ramón (2012): "La alternativa republicana a la democracia contemporánea: participación y virtud cívica", *Derecho y Realidad*, n.° 20: pp. 120-141.

Ruiz, Ramón (2022): "Liberalismo político, comunitarismo, Republicanismo", Máster en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea *online* (Madrid. Tirant Formación).

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

LA CESACIÓN DE PAGOS COMO PRESUPUESTO ESENCIAL DE LA ACCIÓN CONCURSAL DE LIQUIDACIÓN VOLUNTARIA: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL DE FECHA 12 DE AGOSTO DE 2021

CESSATION OF PAYMENTS AS THE ESSENTIAL REQUISITE FOR VOLUNTARY BANKRUPTCY: ANALYSYS OF THE COURT OF APPEALS OF SAN MIGUEL RULING DATED AUGUST 12, 2021

Elisa Anita Elgueta Corvillón[*]

Resumen: En el presente comentario analizaremos, a la luz de un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel, las exigencias establecidas en el artículo 115 de la Ley n.° 20720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas para iniciar un procedimiento de liquidación voluntaria; en particular, revisaremos la tesis según la cual la satisfacción del numeral 3 del precepto aludido –la relación de juicios pendientes–, no constituye un requisito esencial para iniciar un procedimiento concursal de liquidación voluntaria, sino que, más bien, el presupuesto esencial de dicho procedimiento corresponde a la convicción del deudor de encontrarse en una situación de cesación de pagos insalvable.

[*] Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: enelgueta@uc.cl

Palabras claves: liquidación voluntaria, presupuestos objetivos, relación de juicios pendientes, cesación de pagos.

Abstract: This commentary on case law analyzes, in light of a recent ruling by the Court of Appeals of San Miguel, the requirements set forth in article 115 of Law No. 20,720 to initiate a voluntary bankruptcy; specifically, we review the thesis according to which the satisfaction of the requirement established in numeral 3 of the aforementioned precept –the existence of pending lawsuits– is not an essential requirement for the admissibility of voluntary bankruptcy, but rather, the fundamental requirement corresponds to the debtor's conviction of being in a situation of insuperable cessation of payments.

Keywords: voluntary bankruptcy; objective requirements, pending lawsuits, cessation of payments.

Introducción

Con fecha 12 de agosto de 2021, la cuarta sala de Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió, en autos sobre recurso de queja rol 689-2021, que la exigencia impuesta por el numeral 3 del artículo 115 de la Ley n.° 20720, en el sentido de acompañar a la solicitud de liquidación voluntaria una "relación de juicios pendientes" no constituye un requisito esencial para declarar la admisibilidad del procedimiento concursal aludido, de modo que si estos no existen bastará con que la empresa deudora haga alusión a tal circunstancia para declarar la admisibilidad de la liquidación solicitada.

El referido fallo del ilustrísimo tribunal es relevante, toda vez que se pronuncia acerca de los presupuestos objetivos del procedimiento concursal de liquidación voluntaria de la empresa deudora, en particular, acerca de las exigencias de admisibilidad consagradas en el artículo 115 de la Ley n.° 20720.

Para ello, y en primer lugar, nos referiremos a los antecedentes que motivaron el aludido recurso de queja. Luego, abordaremos el problema jurídico tras el fallo analizado, en concreto, en torno a cuál es el verdadero requisito esencial consagrado en la Ley n.° 20720 en las acciones concursales de liquidación voluntaria. Finalmente, analizaremos los razonamientos y conclusiones del ilustrísimo tribunal.

En este trabajo sostendremos la hipótesis de que la causal genérica o esencial de los procedimientos concursales de liquidación voluntaria corresponde a la convicción del deudor de encontrarse en una situación de cesación de pagos insalvable.

I. Antecedentes

El recurso de queja, que motivó la sentencia que analizamos, fue deducido por PCS, en contra de la jueza del 1er Juzgado Civil de San Miguel, por estimar que había incurrido en falta o abuso grave en la dictación de la resolución del 2 de junio de 2021, en autos rol C-1984-2021, mediante la cual no dio curso a la solicitud de resolución de liquidación voluntaria de la empresa deudora por estimar que no había dado íntegro cumplimiento a los requisitos formales establecidos en el artículo 115 de la Ley n.º 20720, en tanto PCS omitió hacer relación de los juicios pendientes iniciados en su contra, no obstante indicar que no los tenía.

En efecto, con fecha 17 de mayo de 2021 PCS había comparecido ante el 1er Juzgado Civil de San Miguel, solicitando se dictara una resolución de liquidación voluntaria, indicando expresamente que, en relación con la exigencia establecida en el numeral 3 del artículo 115 de la Ley n.º 20720– "relación de sus juicios pendientes"[1]–, no existían juicios pendientes iniciados en su contra.

Con fecha 2 de junio de 2021, el tribunal de primera instancia rechazó la solicitud de PCS, no solo haciendo referencia a una norma que no era la aplicable en la especie, esto es, al artículo 273 de la Ley n.º 20720, por cuanto no solo se trataba de una empresa, y no de una persona deudora, sino que, además, resolvió, erradamente a nuestro juicio, que en razón de que el solicitante no había incluido una lista de juicios pendientes, no se cumplían con los presupuestos de admisibilidad para poder intentar la liquidación voluntaria.

En contra de la jueza del tribunal de primera instancia, PCS dedujo un recurso de queja para ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, indicando que había incurrido en falta o abuso grave en la dictación de la sentencia del 2 de junio de 2021, en tanto había exigido un requisito que la Ley n.º 20720 no contemplaba, como es el tener juicios pendientes vigentes en su contra.

Al respecto, señaló que la lectura que había realizado la jueza de primera instancia constituiría una interpretación que no tendría sustento en las normas de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente, en las de la Ley n.º 20720, por cuanto lo que la ley del ramo realmente exigiría es indicar estos juicios si es que existen –a fin de dar cumplimiento al principio de unidad–, pero en caso alguno constituye un requisito de procedencia, por cuanto la ley en ninguna parte lo señala y en los casos que así requiere, lo dice de forma clara y precisa (como ocurre en el caso de la liquidación forzosa).

[1] Ley n.° 20720 sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo (2014).

Pues bien, durante la tramitación del recurso de queja ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, informando la jueza recurrida acerca del fundamento de su resolución, señaló:

> "la ley del ramo, señala como obligación del deudor, al solicitar el procedimiento de liquidación voluntaria, hacer una 'relación de sus juicios pendientes', resultando necesario para interpretar este precepto como una obligación del deudor de hacer una exposición del o los juicios y acciones entabladas en su contra. En caso contrario, es decir, de no existir juicios pendientes, a la empresa deudora le asiste una instancia alternativa a la liquidación cual es someterse al procedimiento de reorganización, y agotada esta instancia judicial, acogerse al procedimiento que se pretende".

Según analizaremos, estimamos errado el razonamiento de la sentencia de primera instancia, en tanto sostiene que la ausencia de juicios pendientes iniciados en contra del solicitante, se traduce en el incumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley n. °20720 para proveer la solicitud de liquidación voluntaria. Asimismo, también consideramos errado lo informado por la jueza recurrida, en el sentido de que, en el evento de no existir juicios pendientes, a la empresa deudora le asiste una instancia alternativa a la liquidación: someterse al procedimiento de reorganización.

II. El problema jurídico detrás del caso

La discusión se enmarca en la forma en que tradicionalmente se han entendido los presupuestos objetivos exigidos por la Ley n.° 20720 para la admisibilidad de la solicitud de la liquidación voluntaria de la empresa deudora. Más concretamente, en torno a si el legislador ha entendido que incluir una relación de juicios pendientes constituye o no un presupuesto esencial para declarar la admisibilidad de la liquidación voluntaria.

Para dilucidar esta materia, en primer lugar, es necesario tener presente que los procedimientos que regulan el derecho concursal se han estructurado en torno a los conceptos de "insolvencia" y a la "cesación de pagos"[2].

En este sentido, el propio espíritu de la Ley n.° 20720 no es otro que dar una salida viable a personas y empresas que se encuentran en una situación de insolvencia actual o inminente[3] o, bien, tratándose de los procedimientos concursales de liquidación, liquidar de un modo rápido y eficiente los bienes de una persona natural o jurídica para pagar con dicho producto sus acreencias[4].

[2] Barceló (2019), p. 371.

[3] Corte Suprema (2019), rol 20.607-2018, considerando 1.°.

[4] Mensaje de la Ley n.° 20720 (2016), p. 3.

En este orden de ideas, la insolvencia o cesación de pagos ha de entenderse como un fenómeno multidimensional, que no se constata por el mero hecho de que en un patrimonio los pasivos sean mayores que los activos[5].

Por el contrario, se trata de un complejo fenómeno económico que se caracteriza por la imposibilidad de su titular de asumir sus compromisos en oportunidad e integridad con prescindencia de la forma en que dicho estado se manifieste[6].

Es precisamente por lo anterior, que el legislador concursal ha optado por calificar ciertas circunstancias como hechos reveladores de este estado patrimonial crítico, los que:

> "son la premisa menor de un silogismo cuya premisa mayor está constituida por el significado regular y uniforme que los mismos tienen en la actividad económica, a saber, la implicancia de insolvencia. Vale decir, jurídicamente son verdaderas presunciones de insolvencia, dadas la uniformidad y univocidad de ellos"[7].

En este sentido se encuentran las causales de liquidación forzosa contempladas en el artículo 117 de la Ley n.º 20720.

Por lo mismo, no debemos perder de vista que estos hechos reveladores de la insolvencia del deudor han sido establecidos en favor de aquellos terceros que, siendo acreedores de la persona del deudor, tienen la carga probatoria de acreditar que él –el deudor– se encuentra en un estado patrimonial crítico que amenaza la posibilidad de asumir las obligaciones para con ellos contraídas. Esta dificultad, sin embargo, no la tiene el deudor, pues tal como lo señala la doctrina:

> "El conocimiento acerca del mal estado de los negocios propios descansa, por cierto, en el mismo sujeto que opera en el mercado. De hecho nadie conoce mejor la realidad financiera personal que la propia Empresa Deudora"[8].

En virtud de lo expuesto es posible señalar que la solicitud de liquidación del propio deudor constituye por sí misma un hecho relevador de su estado patrimonial crítico, de modo que el presupuesto esencial o el sustrato fáctico de la acción concursal de liquidación voluntaria no puede ser otro sino la convicción del deudor de encontrarse en un estado de cesación de pagos insalvables[9].

---

[5] Pérez y Martínez (2015), pp. 95-96.

[6] Puga (2014), p. 68.

[7] Puga (2014), p. 86.

[8] Contador y Palacios (2015), p. 143.

[9] Corte Suprema (2019), rol 20.607-2018, considerando 6.º.

Dado lo anterior, consideramos que al momento de analizar las exigencias del artículo 115, por cuanto no debe perderse de vista que el requisito establecido en el numeral 3 del aludido precepto tiene por finalidad poner en conocimiento del tribunal y del liquidador el estado de los negocios de la empresa deudora, así como la situación de sus activos y pasivos, para efectos de garantizar la igualdad procesal de los acreedores y el efecto suspensivo de los juicios[10]. Sin embargo, tal exigencia no se traduce en la necesidad de que efectivamente estos existan o se encuentren vigentes, como si se tratara de un presupuesto de procedencia de la liquidación voluntaria, ya que cuando el legislador así lo ha exigido, lo ha señalado de forma expresa, como ocurre en el caso de la liquidación forzosa[11].

III. La decisión de la Corte de Apelaciones de San Miguel

En una línea bastante similar a los planteamientos que recién hemos expuesto, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, conociendo del recurso de queja deducido por PCS, resolvió lo siguiente:

> "5°) Que la resolución impugnada no sólo hizo referencia a una norma no aplicable en la especie 273 de la Ley 20.720 , pues no se trata de una persona deudora sino de una empresa deudora, sino que además, extendió sus efecto, sin mayor explicación, más allá de lo dispuesto por la ley, al entender, aparentemente, que en razón de no incluir una lista de juicios pendientes, no obstante indicar expresamente que no los tenía, no se cumplía con el requisito antes enumerado, exigiendo de esta manera a la solicitante, una situación económica más gravosa que la contemplada en la ley, pues para poder intentar la liquidación, del mérito de la resolución impugnada parecería que la empresa no obstante la mala situación de sus negocios debería esperar a ser demandada para poder solicitar su liquidación, situación que no se condice ni con el texto ni con el espíritu de la ley, ni menos con una diversa interpretación de la ley, por cuanto de su texto no se puede inferir en modo alguno que sea necesaria la existencia de juicios pendientes, resultando claro que de lo que se trata es del cumplimiento de un requisito objetivo cuál es indicar la nómina de juicios pendientes, siendo improcedente y contrario a lo prescrito en la ley, como ya se

[10] Barceló (2019), p. 373.

[11] Corte Suprema (2019), rol 20.607-2018, considerando 6.°.

indicó, exigir enumerar lo que no existe, bastando para ello, tal como lo expresó el requirente desde un inicio, dar a conocer que tales juicios no existen.

6°) Que por otra parte, al informar, la juez recurrida, modifica el fundamento de su resolución expresando, esta vez, que en caso de no existir juicios pendientes, a la empresa deudora le asiste una instancia alternativa a la liquidación cual es someterse al procedimiento de reorganización, y agotada esta instancia judicial, acogerse al procedimiento que se pretende. Requisito previo que en caso alguno exige la ley, por el contrario regula expresamente la situación contraria, esto es, iniciado un procedimiento sobre reorganización, si no se cumplen determinados requisitos o condiciones, el juez de oficio decretará la liquidación. Como ocurre a vía de ejemplo en los artículos 77, 81, 88, 96 y 100 de la ley en análisis.

7°) Por estas consideraciones entiende que la resolución en cuestión ha sido dictada con falta grave al ejercicio de la jurisdicción por cuanto constituye un obstáculo al deber de permitir el acceso a la justicia dado que cualquiera haya sido el fundamento para no acoger a tramitación la solicitud de liquidación voluntaria, lo ha sido excediendo derechamente el marco normativo que regula dicha institución que, en la materia, no da pábulo a interpretación alguna"[12].

IV. Algunos comentarios finales

La solución adoptada por el tribunal se encuentra en armonía con lo sostenido por la jurisprudencia más reciente de los tribunales superiores de justicia[13], en el sentido de que para intentar la liquidación voluntaria no es necesario que la empresa deudora tenga iniciados en su contra juicios que se encuentren pendientes.

En efecto, el principal argumento otorgado por la Corte, para acoger el recurso de queja y dejar sin efecto la sentencia pronunciada por el tribunal de primera instancia, consiste en que no se puede inferir en modo alguno que la Ley n.° 20720 imponga como requisito para la admisibilidad de los procedimientos concursales de liquidación voluntaria la existencia de juicios pendientes iniciados en contra del solicitante, pues resulta claro que se trata tan solo de un requisito formal, siendo improcedente y contrario a lo prescrito en la ley,

[12] Corte de Apelaciones de San Miguel (2021), rol 689-202, considerandos 5.° a 7.°.

[13] Corte Suprema (2019), rol 20.607-2018; Corte de Apelaciones de Valdivia (2016), rol 155-2015; Corte de apelaciones de Valdivia (2016), rol 387-2016; Corte de Apelaciones de Valdivia (2016), rol 386-2016; Corte de apelaciones de Valdivia (2016), rol 635-2016.

exigir enumerar lo que no existe, bastando para ello, tal como lo expresó PCS, indicar que tales juicios no existen. Por lo demás, la Corte de Apelaciones también señaló que, contrariamente a lo sostenido por la jueza de primera instancia, el procedimiento de reorganización no constituye, en modo alguno, un requisito previo para acogerse al procedimiento concursal de liquidación.

Con todo y, aunque el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel no lo señala expresamente, lo cierto es que lo razonado por la Corte puede ser ampliado o desarrollado, señalando, tal como anticipamos, que el verdadero presupuesto esencial o ideológico del procedimiento concursal de liquidación voluntaria es la convicción del deudor de encontrarse en una situación de cesación de pagos insalvable[14].

Tal como lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia más reciente, la acción concursal de liquidación voluntaria constituye una verdadera autodenuncia del estado de insolvencia del deudor en interés general de los acreedores, para evitar los cobros individuales y forzar los colectivos en el concurso[15].

En este sentido, se ha señalado que la liquidación voluntaria:

> "equivale a la solicitud de la declaración de la propia quiebra del deudor en el antiguo juicio de quiebras, para lo cual bastaba que éste lo pidiera. Bajo su vigencia no era necesario que invocara alguna de las causales que la hacían procedente, bastando que la pidiera para que se entienda que padece de un estado de cesación de pagos"[16].

Así, la petición de quiebra por el propio deudor constituye verdaderamente un hecho relevador de su estado patrimonial crítico, de modo que es una confesión expresa y judicial de cesación de pagos[17].

Pues bien, este sustrato fáctico o presupuesto esencial no resulta amenazada por el hecho de no existir juicios pendientes en contra del solicitante, por cuanto tal requisito –la cesación de pagos– puede comprobarse a partir del cumplimiento de los demás requisitos exigidos por la ley para la liquidación voluntaria[18].

Así lo ha entendido la Corte Suprema:

> "es posible afirmar que el sustrato ideológico y fáctico de las acciones concursales y en particular, de la liquidación voluntaria, esto es, la situación de insolvencia o cesación de pagos, no resulta amenazada por

[14] Corte Suprema (2019), rol 20.607-2018, considerando 6º.
[15] *Ibid*.
[16] *Ibid*.
[17] Sandoval (1992), p. 104.
[18] Corte Suprema (2019), rol 20.607-2018, considerando 6.º.

> el hecho de no existir juicios pendientes, desde que tal presupuesto puede comprobarse por el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por la ley, como ocurrió en la especie con los antecedentes que la empresa deudora adjuntó a su petición, con los que a prima facie justifica así su reconocimiento de insolvencia y situación de incumplimiento"[19].

Lo expuesto, resulta plenamente aplicable a la solicitud de liquidación voluntaria en tanto deber ser considerada como una manifestación o reconocimiento del estado de insolvencia por el propio deudor, sin que sea razonable exigirle indicar una nómina de juicios pendientes cuando ellos no existen.

Conclusiones

Lo resuelto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel está llamado a marcar un verdadero hito en nuestra jurisprudencia, al decidir, en un caso concreto, que la existencia de juicios pendientes iniciados en contra de la empresa deudora no constituye un requisito indispensable para iniciar el procedimiento concursal de liquidación voluntaria.

Como adelantamos, la sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte se encuentra en línea con lo sostenido por la jurisprudencia más reciente de los tribunales superiores de justicia.

Sin embargo, el fallo analizado deja abierta una serie de interrogantes, entre ellas, qué debe entenderse por cesación de pagos y si será necesario que la Ley n.° 20720 lo aclare. Pues al acoger el recurso de queja y dejar sin efecto la sentencia de primer grado, la Corte de Apelaciones no dio la oportunidad de ahondar sobre qué constituye el presupuesto fáctico o esencial de los procedimientos concursales de liquidación voluntaria.

Bibliografía

Barceló López, Gonzalo (2019): "¿Resulta procedente iniciar un procedimiento concursal de liquidación voluntaria sin que existan juicios pendientes en contra del deudor?". *Revista de Derecho (Valdivia)*, n.° 1: pp. 365-373.

Contador Rosales, Nelson y Palacios Vergara, Cristián (2015): *Procedimientos concursales. Ley de insolvencia y reemprendimiento, Ley N° 20.720* (Santiago: Editorial Thomson Reuters).

[19] Corte Suprema (2019), rol 20.607-2018, considerando 9.°.

Pérez Ragone, Álvaro y Martínez Benavides, Patricio (2015): "Del sobreendeudamiento a la insolvencia: fases de crisis del deudor desde el derecho comparado europeo", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.° 1: pp. 95-96.

Puga Vial, Juan Esteban (2014): *Derecho concursal: del procedimiento concursal de liquidación: Ley N° 20.720* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, cuarta edición).

Sandoval López, Ricardo (1992): *Manual de derecho comercial*. Tomo III (Santiago: Editorial Jurídica de Chile).

Normas

Ley nº 20720 (2014), sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo, 9 de enero de 2014.

Mensaje de la Ley n.° 20720 (2016).

Jurisprudencia

Corte Suprema (2019): rol 20.607-2018, considerandos 1.º, 6.º y 9.º, 11 de julio de 2019.

Corte de Apelaciones de Valdivia (2016): rol 155-2015, 25 de abril de 2016.

Corte de Apelaciones de Valdivia (2016): rol 387-2016, 5 de agosto de 2016.

Corte de Apelaciones de Valdivia (2016): rol 386-2016, 8 de agosto de 2016.

Corte de Apelaciones de Valdivia (2016): rol 635-2016, 21 de noviembre de 2016.

Corte de Apelaciones de San Miguel (2021): rol 689-2021, considerandos 5.º a 9.º, 12 de agosto de 2021.

Primer Juzgado Civil de San Miguel (2021): rol 1984-2021, 2 de junio de 2021.

ÍNDICE
REVISTA DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO
AÑO XI - N.° 21 - OCTUBRE DE 2022

Revista del Centro de Justicia Constitucional
ISSN 0719-2959
www.derechoiberoamericano.cl

Estudios

Teoría política

Iván Aróstica Maldonado: La rebelión de los nuevos shudras

Derechos fundamentales

Andrea Rosario Íñiguez Manso: ¿Quién decide?: el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos dictado en el caso rol 595 US (2022) National Federation of Independent Bussiness v. Ohio contra OSHA

L. Alberto Huamán Ordóñez: Vacunación obligatoria frente a la COVID-19 en el Perú, legitimación democrática y limitación de derechos fundamentales

Instituciones políticas

Sergio Cea Cienfuegos - Claudio Herrera Aguayo: Las Fuerzas Armadas en la propuesta de Constitución Política para Chile

Rodrigo Céspedes Proto: Sucesión de Estados y la Guerra del Pacífico

Comentarios de jurisprudencia

Cristian Román Cordero: El principio de inderogabilidad singular de los reglamentos (Comentario sobre la sentencia de la Corte Suprema rol. n.° 143.849-2020)

Recensiones

Juan Fernando Segovia: *El tiempo de la revuelta* de Donatella Di Cesare

Instrucciones para los autores

ÍNDICE
REVISTA *IUS PUBLICUM*
N.º 49/ SEPTIEMBRE 2022
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

Estudios

Antonio-Carlos Pereira Menaut: *Lo que va mal en el mundo*
Miguel Ayuso y Juan Fernando Segovia: *Tres prólogos de Santo Tomás de Aquino sobre la autoridad espiritual y temporal*
Carlos Manuel Romero Berdullas: *El proceso de Nuestro Señor, perenne cátedra jurídica*
Eduardo Soto Kloss: *La caducidad, notas para esclarecer una noción un tanto confusa*
Ignacio Tomás Basaure Rojo y Camila Monserrat Delgado Ponce: *Empresas portuarias y su régimen corporativo y de control. Un análisis crítico*
Luis Alfonso Herrera Orellana: *Notas sobre el servicio público como prestación en la propuesta de Nueva Constitución para Chile*
Josefina Soto Larreátegui: *Nota sobre la eliminación del Recurso de Protección: ¿Progreso o Involución?*

Crónica

Reflexiones tomistas: Esther Gómez de Pedro. *Reflexiones éticas*: Jesús Ginés Ortega, Antonio O'Mullony, Juan M. de Prada

Documentos

Magisterio pontificio: Discurso del santo padre Francisco a los participantes en la plenaria de la Academia Pontificia de las Ciencias Sociales, viernes, 29 de abril de 2022. Discurso del papa Benedicto XVI a los participantes en un congreso internacional sobre la actualidad de la *Humanae Vitae*, Sala Clementina, sábado 10 de mayo de 2008. Magisterio episcopal: obispos chilenos: "Con más fuerza que nunca, promovemos el valor de la vida". Nuestro compromiso por la vida del que está por nacer. Los obispos de Chile frente a la propuesta constitucional. Elementos para el discernimiento. El aborto y

el proyecto constitucional en Chile: un obstáculo insalvable. Declaración de los obispos de Estados Unidos con motivo del fallo de la Corte Suprema, de 24 de junio de 2022, que anula la sentencia Roe And Wade, de 1973. Varios: nueva Constitución y cristianismo. Proceso de canonización para 16 carmelitas guillotinadas durante la Revolución francesa. Los cristianos de la India celebraron el 1950 aniversario del martirio de santo Tomás Apóstol. Beatificación de 27 mártires dominicos, 16 de junio de 2022, Sevilla (España). Magisterio Pontificio sobre relativismo, indiferentismo y laicidad

ACTUALIDADES

Chile

I. Mi opinión definitiva sobre la propuesta constitucional
II. ¿Determinismo constitucional?
III. Propaganda oficial
IV. Intervención máxima garantizada
V. Vida y aborto en la Constitución
VI. No es propiamente una Constitución, es un programa político de las izquierdas
VII. El voluntarismo no basta
VIII. Convención: desmesura y paradoja
IX. Sentimiento de nacionalidad
X. El decreto con que O'Higgins creó la nacionalidad chilena cumple 204 años
XI. Totalitarismo legal
XII. La constitucionalización singular de órganos de la Administración
XIII. No es cambalache... y no da lo mismo
XIV. El mito del Estado
XV. La propuesta de nueva Constitución y la necesidad de una jurisdicción independiente
XVI. Los obispos de Chile frente a la propuesta constitucional. Elementos para el discernimiento

JURISPRUDENCIA

Corte Suprema. 20.6.2022. Marina del Sol c/Unidad de Análisis Financiero 2022. Revoca sanción (rol 94906-21-1655854014) (Comentario de E. Soto Kloss)
Corte Suprema. 23.5.2022. Paredes O'Ryan c/Universidad de Chile (Protección acogida/invalidación nombramiento/sin audiencia, previa) (Comentario de E. Soto Kloss)

Corte Suprema. 24.4.2022. Castillo Cabrera c/Municipalidad de Arica (Invalidación de nombramiento pasado plazo/improcedencia de art. 53 L 19.880 - Nulidad específica de acto (L 18.575) - Ilegalidad de orden de restituir remuneraciones válidamente adquiridas/enriquecimiento ilícito de organismo municipal) (Comentario de E. Soto Kloss)

Recensiones y reseñas bibliográficas

Reseña de libros
Reseña de revistas
Ediciones *Ius Publicum*

ACTUALIDAD JURÍDICA

Formulario de suscripción

Nombre

Dirección

Dirección de despacho

Comuna

Ciudad País

Teléfono Fax

Profesión/Carrera

Universidad/Instituto

Empresa/Institución

Giro

R.U.T. Correo electrónico

Tipo de suscripción

Nueva Renovación Un año Dos años

Emitir cheque cruzado a nombre de
"Ediciones Universidad del Desarrollo Ltda."
por la suma de $ por suscripción (es)

Tipo de Documento

Boleta Factura

SUSCRIPCIÓN*	1 AÑO (2 revistas)	2 AÑOS (4 revistas)
Nacional	$ 22.000	$ 40.000

Envíe el presente formulario vía correo, fax o correo electrónico a:
Ediciones Universidad del Desarrollo

Avda. La Plaza 700
Santiago / Chile.
Fono 56 2 299 92 71
Fax: 56 2 299 92 71
E–mail: bsepulveda@udd.cl

Ainavillo 456
Concepción / Chile.
Fono 56 41 268690
Fax: 56 41 268669
E–mail: cferrando@udd.cl